Das Recht des strafrechtlichen Notstandes

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und sein Einfluss auf das Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Julius Würzburger

aus Bayreuth.

BRESLAU 1903.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Das Recht des strafrechtlichen Notstandes

vor und nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Julius Würzburger

aus Bayreuth.

BRESLAU 1903.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Dem Andenken meines lieben Vaters.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhalt.

Das Notstandsrecht des B.-G.-B. und sein Einfluss auf das Strafrecht.

I. § 13. Einleitung. Die Bedeutung des B.-G.-B. für den strafrechtlichen Notstand und die Möglichkeit der sofortigen Abänderung der Bestimmungen des St.-G.-B. für denselben.

II. § 14. Geschichte des Notstandsrechtes des B.-G.-B.

III. § 15. Das Notrecht und seine unmittelbaren Konsequenzen.

§ 16. Fortsetzung. Die allgemeine Nothülfe.

§ 17. Der Inhalt des Notrechtes.

IV. Die Voraussetzungen des Notrechtes.

§ 18. 1) Gegenwärtige Gefahr.

§ 19. 2) Die Verhältnismässigkeit.

§ 20. 3) Die übrigen Erfordernisse.

V. § 21. Das Moment der Verschuldung

VI. § 22. Die Schadensersatzhaftung.

VII. § 23. Der Putativnotstand und das Bewusstsein von der Notstandslage.

VIII. § 24. Zusammenfassung

§ 25. Anhang. Die in Spezialgesetzen und Verordnungen sich findenden Notstandsbestimmungen.

Verzeichnis der benützten und citierten Literatur.

Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. §§ 107, 108, 352, 353 Untersüchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. S. 89, 106—120.
Archiv für civilistische Praxis, 75, 152 (Hölder), 8 (Thibaut.)
Archiv für Kriminalrecht. 1848, S. 118. 1822, S. 348.
Bauer, Lehrbuch des Strafrechts §§ 127, 129.
Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
— De impunitate propter summam necessitatem proposita.
Biermann, Das Sachenrecht des B.-G.-B. (Kommentar.)
Binding, Handbuch des Strafrechts I, S. 754—788, 802, 666, 667.
— Die Normen und deren Uebertretung. II, 282 ff, 293 ff, 83, 201—204. 259.
Birkmeyer, Mecklenb. Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissensch. VII, 192 ff.
Braun, Vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen Unbeteiligter bei Notwehrhandlungen. Diss. Berlin 1900.
Breidenbach, Kommentar z. hess. St.-G.-B. I, S. 522—581.
v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts S. 115 ff. Notwehr und Notstand.
— (Gerichtssaal 1878, XXX, 434 ff.)
van Calker, Vom Grenzgebiet zwischen Notwehr und Notstand. Zeitschrift f. d. Ges. Str.-R.-W. XII, 443 ff.
Carpzow, Practica nova imperialis Saxonica rerum crim. II, qu 83, no. 38.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts.
Dollmann, Strafgesetzbuch für Bayern S. 437.
Eger, der Einfluss der Verschuldung beim strafrechtl. Notstand. Diss. Berlin 1899.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I, 365—381.
Enneccerus-Lehmann, das Bürgerl. Recht 1900. I. § 144.
Entscheidungen des Reichsgerichts, herausgez. von Mitgl. d. Gerichtshofes. (cit: R.-G. I (Strafsenat) F. (Feriensenat) (11. VIII. 80) E. II, 89.
Entscheidungen d. Reichsgesichts in Civilsachen. (cit. R.-G. C. 1, 2.)
Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechts (Mittermaier) §§ 48—91, 321.
Fichte, Grundlage des Naturrechts II, S. 85—88.
Filangieri, La Scienza della legislazione lib. III. cap. 38.
— Deutsch: System d. Gesetzgeb. IV, 253 ff.
Finger, das österr. Strafrecht.
Fischer-Henle, das Bürgerl. Gesetzbuch. Handausgabe.
Franck, das deutsche Reichsstrafgesetzbuch.
Gentsch, Die Selbstverteidigung gegen fremde Sachen nach § 228 B.-G.-B. Diss. 1899.

Geyer, Zur Lehre vom Notstand. Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzg. und Rechtswissenschaft V, 1863. S. 63 ff. (kleinere Schriften strafrechtl. Inhalts herausgeg. v. Harburger 1889 S. 297.

— Die Lehre von der Notwehr S. 4 ff.

— Holtzendorffs Handbuch d. St.-R. IV, S. 91 ff.

— „ Rechtslexikon II, (Notstand.)

— „ Encyklopädie S. 670.

Gillischewski, Ueber Notstand und Notrecht. Diss. Greifswald 1873.

Göb, Bemerkungen zur Lehre vom Notstand. Diss. Erlangen 1878.

— Die Behandlung des Notstandes und insbes. die Verschuldung in Herbeiführung desselben. (Goldtammers A. XXVIII S. 183—193.)

Gross, die Verschuldung des Notstandes und ihre strafrechtl. Bedeutung. Diss. 1899.

Grotius, de iure belli ac pacis II, 2. §§ 6—9.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts.

Hachenburg, das Bürgerl. Gesetzbuch. Vorträge 1900. S. 75 ff.

Haenle, Einfluss des Bürgerl. Gesetzbuchs auf die strafrechtl. Behandlung des Notstandes sowie philosophische Fragen des Notstandsrechtes. Diss. 1899. Erlangen.

Haelschner, das gemeine deutsche Strafrecht. I, 479—503, 520.

Haller, Ueber Selbstverteidigung und Selbsthilfe nach dem B.-G.-B. Würzburg. Diss. 1900.

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. § 127.

Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. S. 94.

Hölder, Allg. Teil des B.-G.-B. (Kommentar.)

Janka, Der strafrechtl. Notstand.

Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. (Metaphysik der Sitten.)

Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. § 154.

— System des deutschen Strafrechts. §§ 37, 61.

Kroner, Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr. Diss. Göttingen 1897.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.-G.-B.

Levita, Das Recht der Notwehr S. 2 ff.

von Liszt, Deliktsobligationen x.

von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. (2. 3. 6. 10. Aufl.)

von Liszt, Grenzgebiete x.

Lobe, Ueber d. Einfluss des B.-G.-B. auf das Strafrecht.

Luden, Abhandlungen aus dem Strafrecht. II, S. 509 ff.

— Handbuch des Strafrechts I, § 46.

Marezoll, Das gemeine deutsche Kriminalrecht. S. 85, 92 ff.

Marquardsen, Die Lehre vom Notstande. Archiv f. C.-R. 1857. S. 396 ff.

Merkel A. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. § 60.

Merkel J. Rechtslexikon v. Weiske XII, S. 128 ff.

— R. Die Kollision rechtmässiger Interessen x.

Meyer, Grundzüge des Strafrechts. 1857. S. 58 ff.

— Lehrbuch des Strafrechts.

Moriaud, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité.
Neumann, Handausgabe des B.-G.-B. §§ 228, 904.
Nitsche, Der strafrechtl. Notstand nach Grund und Ausdehnung mit Berücksichtigung der modernen Entwürfe.
Olshausen, Kommentar zum R.-St.-G.-B.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Planck, Das B.-G.-B. Kommentar.
Pretsch, Das Notstandsrecht des B.-G.-B. und seine Bedeutung für das Strafrecht Rostock. Diss. 1899.
Puchelt, Das St.-G.-B. für das deutsche Reich.
Reatz, Die 2. Lesung des Entwurfes eines B.-G.-B.
Rehbein, Das B.-G.-B. mit Erl.
Rotering, Die eigene Gefahr als Strafausschliessungsgrund. Goltd. A. XXXI, 247 ff.
Rubo, Strafgesetzbuch.
Rudorff, Strafgesetzbuch.
Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des B.-G.-B. zur objekt. Schadensersatzpflicht.
Rechtsprechung des preuss. Obertribunals in Strafs. herausgeg. von Oppenhoff (cit. Pr. R.-Spr. O I, 2).
Rechtsprechung d. Reichsgerichts (cit) R.-G. I. (11. VIII. 80) R. V, 182.)
Sammlung von Entsch. des obersten Gerichtshofes f. Bayern in Gegenst. d. Strafrechts. (cit. Bayr. E. V, 139.)
Schollmeyer. Das Recht der Notwehr nach dem B.-G.-B., Festrede Würzburg 1899.
Schwarze, Kommentar zum R.-St.-G.-B.
Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht. I, 415 ff.
Scherer, B.-G.-B., I. 474.
Stammler, Darstellung der strafrechtl. Bedeutung des Notstandes Preisschrift von Giessen 1878.
Titze, Die Notstandsrechte im B.-G.-B. und ihre geschichtl. Entwickelung. Diss. Leipzig. 1897.
Tobler, Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr. 1894.
v. Tuhr, Der Notstand im Civilrecht. Heidelberg 1888.
Waechter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. I, §§ 55, 56.
— Handbuch des kgl. sächsischen und des thüringischen Strafrechts. S. 356 ff.
Wessely, Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr. S. 1—39.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgeg. von v. Liszt und v. Lilienthal (cit.: Z.) I, 162. V, 367, 655. XII, 71. XV, 294. XIV, 360. XI, 428.
Zeitschrift für Gerichtspraxis herausgeg. v. Stenglein (cit. Z. f. G.)

II. Kapitel.

Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 und sein Einfluss auf das Strafrecht.

§ 13.

Die Bedeutung des bürgerlichen Gesetzbuches für den strafrechtlichen Notstand und die Möglichkeit der sofortigen Abänderung der Bestimmungen des Strafgesetzbuches für denselben.

Einleitung.

Während die Rufe nach einer Revision des gesamten deutschen Strafrechts, die von allen Seiten, von Anhängern der klassischen wie der neuen Schulen, von Theoretikern und Praktikern, von Juristen und Laien erhoben wurden — diese Revision sollte auch der Materie des Notstandes eine neue Regelung geben — ungehört verhallten oder während sie wenigstens kein praktisches Resultat zu zeitigen vermochten,[1]) war das grösste deutsche Gesetzgebungswerk seiner Vollendung entgegengreift, das Bürgerliche Gesetzbuch trat am 1. Januar 1900 in Kraft. Dies war jedoch ein Ereignis, das für das Notstandsrecht mehr bedeutete, als die Vornahme der ausgiebigsten Revision des Strafrechtes. Mit einem Schlage war ja die Sachlage verändert, mit einem Schlage war die Grundlage für eine richtige Regelung des strafrechtlichen Notstands gegeben.

Wir haben oben ausgeführt, dass es allein Aufgabe des Civilrechts sein könne, die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit

---

[1]) Die Notwendigkeit einer Revision erkannten auch die verbündeten Regierungen an, verschoben sie aber wegen der grossen Arbeit für das Bürgerliche Recht auf später.

einer Handlung festzustellen und dass das Strafrecht lediglich ergänzend dem Civilrecht an die Seite zu treten habe, um gegen die von jenem als der Rechtsordnung zuwiderlaufend erklärten Taten mit Strafe zu reagieren. Wir haben darauf hingewiesen, dass der Grund aller Fehler, die wir an der Notstandsregelung seitens des R.-St.-G.-B. tadeln mussten, nicht in diesem letzteren selbst, sondern in seiner Unterlage, dem Civilrechte, zu suchen sei. Wir wollen uns nun näher erklären. Ein gesundes und den praktischen Bedürfnissen entsprechendes Notstandsrecht erscheint uns nur denkbar mit der klaren Normierung eines Notrechtes. Nicht nur als eine zwar rechtswidrige, aber straflose, sondern als eine rechtmässige muss die im Notstand vorgenommene Handlung angesehen werden. Keineswegs können wir nun zwar behaupten, dass in dem bis 1900 geltenden Civilrechte ein Notrecht vollständig gefehlt habe, im Falle der Havarie nahm man z. B. schon damals ein Notrecht an, aber man berücksichtigte diese civilrechtlichen Vorschriften gar nicht für den strafrechtlichen Notstand, da sie einerseits, namentlich wenn sie dem Pandektenrecht entnommen werden mussten, zu unbestimmt lauteten, andererseits in den einzelnen Gebieten und Territorien des Geltungsbereichs des deutschen Reichsstrafrechts zu verschieden waren. Man gewöhnte sich daran, sie ganz ausser acht zu lassen und nur die strafrechtlichen Bestimmungen anzuwenden, ja man war soweit in der Verkennung des Zusammenhangs von Strafrecht und Civilrecht gekommen, dass das deutsche Reichsgericht einen Unterschied machte zwischen civilrechtlicher und strafrechtlicher Rechtmässigkeit und ein Urteil[1]) erliess, in dem es verkündete, es könne eine Handlung, auch wenn sie civilrechtlich gerechtfertigt sei, wohl strafbar sein.

Diese Vernachlässigung der Sätze des Civilrechts für den strafrechtlichen Notstand und diese Verkennung des Zusammenhangs beider Rechtsdisziplinen ist ja auch für die damalige Zeit sehr leicht zu erklären. Man konnte nicht daran glauben, dass die für das ganze deutsche Reich bestehende Einheitlichkeit des Strafrechts durch die grosse Zersplitterung des Privatrechts auf das ernstlichste gefährdet werden sollte, man konnte sich nicht denken, dass das gemeinsame Strafrecht jedem einzelnen Partikular-

---

[1]) R. G. C. (12 X 81) V, 161.

recht accessorisch sein sollte. Es konnte ja sonst vorkommen, dass ein und dieselbe Notstandshandlung in dem einen Territorium anders behandelt werden würde als in dem anderen, obwohl beide Male derselbe § 52 oder § 54 R.-St.-G.-B. Anwendung fände.

Dies wurde nun mit einem Male anders mit dem Erlass des B.-G.-B. Klar und deutlich gab letzteres, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, der Ueberzeugung Ausdruck, dass der Notstandstäter in Ausübung eines Rechtes handle, und schuf damit die Unterlage für die allein richtige Regelung des strafrechtlichen Notstandes. Es verwarf einerseits vom objektiven Standpunkte aus alle nach den subjektiven Gesichtspunkten des Strafrechts gerechtfertigten Beschränkungen und trat andrerseits, eine gewisse Verhältnismässigkeit einführend, der zu weiten Ausdehnung der Notstandsstraflosigkeit entgegen. Aber auch einer andern Ansicht, ohne deren Anerkennung die ganze Regelung für das Strafrecht einflusslos geblieben wäre, verhalf es wieder zum Durchbruch, der Ansicht von der accessorischen Natur des Strafrechts. Man brauchte jetzt nicht mehr zu fürchten, mit ihrer Anerkennung einen Riss in die bestehende Einheitlichkeit des Strafrechts zu machen, ein einheitliches Civilrecht war jetzt wieder die Grundlage eines einheitlichen Strafrechts. Man gelangte jetzt wieder zu der Ueberzeugung, dass die Normen, auf denen das Strafrecht basiert, ein Tun oder Unterlassen lediglich deshalb gebieten oder verbieten, weil sie den Inhaber von Rechtsgütern in dem Bestande derselben schützen wollen. Was aber dieses Schutzes, so argumentierte man weiter, wert zu erachten sei, das bestimme nicht das Strafrecht, sondern das Civilrecht. Das Strafrecht sei lediglich ein accessorisches Schutzrecht und erhalte seinen näheren Inhalt aus dem Privatrecht.

Das B.-G.-B. steuerte also dem Mangel, den wir an dem bis 1900 geltenden Civilrecht zu rügen hatten. Es gab dem Strafrechte eine einheitliche und im allgemeinen eine richtige Grundlage für die Notstandsregelung. Wollen wir nun sehen, wie sich seine Bestimmungen im einzelnen gestalteten, und welche Konsequenzen aus denselben für das Strafrecht zu ziehen sind.

Zunächst haben wir noch eine kurze Betrachtung der Frage zu widmen, ob denn das B.-G.-B. in der Lage war, schon jetzt, ohne dass das Reichsstrafrecht selbst einer Revision unterzogen

wurde, dessen Bestimmungen abzuändern. Aus dem Gesagten ergibt sich ja nur, dass es die richtige Grundlage schuf für eine strafrechtliche Regelung. Es könnte daher sehr wohl der Zweifel auftauchen, dass das Strafgesetzbuch, solange es die neue Grundlage nicht in sich aufgenommen und auf ihr neue Bestimmungen aufgebaut habe, in seiner alten Fassung weiter gelte. Scheinbar unterstützt wird diese Auffassung durch den Mangel einer jeglichen Bestimmung in dem Einführungsgesetze, welche die §§ 52 und 54 abändert. Allein dieser Mangel lässt sich leicht erklären.

A 32 d. E. G. sagt:

„Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit ausser Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt.“

Ein in der ersten Lesung der II. Kommission des Entwurfes gestellter Antrag, der darauf hinzielte, durch einen eigenen Paragraphen dem § 54 R.-St.-G.-B. eine neue Fassung zu geben, wurde von der Kommission abgelehnt. Man dachte ja damals noch nicht daran, das Notstandsrecht im B.-G.-B. zu regeln und wies alle darauf ausgehenden Anträge in Bausch und Bogen zurück. Als aber später die Anhänger einer umfassenden Neuregelung Sieger blieben, und man sich entschloss, die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung zu proklamieren, vergass man es, auch jenen Antrag wieder aufzunehmen. Man begnügte sich damit, nur in das B.-G.-B. selbst eine Bestimmung einzusetzen, und überliess es der Wissenschaft und Praxis, die Frage zu beantworten, welchen Einfluss dies auf die Anwendung der §§ 52 und 54 R.-St.-G.-B. in Zukunft haben werde. Die Wissenschaft hat sich denn auch sofort der Sache bemächtigt und verschiedene Meinungen ausgebildet. Dass das B.-G.-B. einen Einfluss ausgeübt habe, dies wird nun fast von allen Seiten anerkannt; wieweit sich derselbe aber erstrecke und wie er zu begründen sei, darüber gehen die Ansichten auseinander.

Zunächst entstand Streit, ob nicht schon der erwähnte A 32 die Modifizierung des § 54 in sich berge, ob dieser Artikel also sich auch auf das Strafgesetz beziehe, oder ob er mit den „Reichsgesetzen“ bloss solche civilrechtlichen Inhalts im Auge habe. *Endemann*[1])

---

[1]) Lehrbuch des Bürgerl. R. I, S. 366; ebenso Niedner, d. Einf. Ges. z. B.-G.-B. S. 84.

z. B. entscheidet sich für die erstere Alternative, während andere Schriftsteller[1]) ihr widersprechen. U. E. ist die Beantwortung der Frage von sehr untergeordneter Bedeutung, denn selbst dann, wenn sie das Wort „Reichsgesetze“ so eng interpretieren, werden Wissenschaft und Praxis nicht umhin können, den Einfluss in weitgehendem Masse zuzugestehen. Schon allein das Vorhandensein der §§ 228 und 904 im B.-G.-B. gibt einen Hinweis darauf, dass man an die Möglichkeit der Modifikation des Strafgesetzbuches gedacht habe, und wenn man die Verhandlungen der Kommission über diesen Gegenstand und die Protokolle übersieht und durchliest, so muss diese Ueberzeugung zur Gewissheit werden. Deutlich erkannte die Kommission,[2]) welch weittragende Bedeutung für das Strafrecht die Regelung des Notstandes im B.-G.-B. haben müsste, und gerade deswegen sträubte sich ja die Mehrheit anfangs so heftig, überhaupt dem Notstande im B.-G.-B. Rechnung zu tragen. Man wolle nicht in einen Fundamentalsatz des Strafrechtes eingreifen, war die Begründung, die man der Ablehnung der Anträge folgen liess.

Auch die Motive[3]) sprechen sich in ähnlicher Weise aus, dass es möglich ist, das Strafrecht zu modifizieren, und dass es modifiziert wurde, kann mit Recht nicht bestritten werden. Wie man diese Behauptung rechtfertigt, ist nun im Grunde genommen gleichgiltig; doch vertreten wir die Auffassung, dass ganz allein, und nicht wie von anderer Seite behauptet wird, noch andere Momente, die accessorische Natur des Strafrechts zu jener Entscheidung dränge. Wenn die Hauptsache sich ändert, so hat das unzweifelhaft auch eine Veränderung des Accessoriums zur Folge. Wenn eine privatrechtliche Materie neu geregelt wird, so kann auch das accessorische Strafrecht hinsichtlich dieser Materie nicht mehr seine alte Gestalt behalten. Wenn das Privatrecht eine Handlung für rechtmässig erklärt, so hat das Strafrecht, wenn anders es nicht seine Aufgabe, gegen das rechtswidrige Tun zu reagieren, verleugnen will, sich mit dieser nicht mehr zu beschäftigen; zum mindesten darf es nicht, wenn es nach dem vorher geltenden Privatrecht dazu befugt war, die darauf gesetzte Strafe

---

[1]) **Pretsch** S. 27.
[2]) Prot. S. 499.
[3]) Mot. S. 69.

aufrecht erhalten.[1]) Die Ausübung eines anerkannten subjektiven Rechtes kann niemals unter Strafe gestellt sein. Durch die Ausdehnung des Privatrechts wird also das Gebiet des Strafrechts zurückgedrängt. Soweit die Voraussetzungen der §§ 228 und 904 auf eine Notstandshandlung zutreffen, muss die Handlung ohne weiteres und ganz unabhängig von §§ 52 und 54 straflos bleiben. Man käme sonst zu einer Rechtsverwirrung, die noch viel bedenklichere Folgen zeitigen müsste als der unselige vor 1900 auf dem Gebiet des Civilrechts herrschende Zustand.

Es ist also die Einwirkung des B.-G.-B. auf die Notstandsbestimmungen des R.-St.-G.-B. nicht nur möglich, sondern eine unabweisbare logische Notwendigkeit. Von der Mehrzahl der Schriftsteller[2]) wird sie daher auch anerkannt und bald mehr, bald weniger deutlich zum Ausdruck gebracht. Auch die bisherige Praxis und Theorie kann zum Beweise der aufgestellten Behauptung in Anspruch genommen werden. Bis jetzt war immer anerkannt, dass, wenn Spezialgesetze eine Notstandshandlung für erlaubt erklären, wie z. B. die Strandungsordnung, damit auch die Strafbarkeit entfalle. Es sei z. B. *Merkel* p. 156[3]) citiert: „Wo immer eine Handlung durch giltige Rechtsbestimmungen geboten oder als eine erlaubte bezeichnet wird, da entfällt ohne weiteres die Möglichkeit, dieselbe zugleich auf Grund eines Strafgesetzes als rechtswidrig und strafbar zu behandeln.“

Künftig wird also der Strafrichter, ehe er dem Angeklagten das Privileg des Notstandes zubilligt oder verweigert, erst in dem B.-G.-B. Umschau halten müssen, nicht schon aus dem Strafgesetz allein die Direktiven für sein Urteil entlehnen dürfen. Man darf sogar das „künftig“, von dem wir eben sprachen, sehr weit auf-

---

[1]) Ebenso Matthias I, 274, Endemann 366, Cosack 274, Merkel 39, Rümelin 92, Liszt 127, Pretsch. 2 ff.

Dagegen Plank 282, der den Best. des B.-G.-B. nur dann Bedeutung beimisst für das strafrechtliche Gebiet, wenn die Widerrechtlichkeit als Tatbestandsmerkmal in dem betr. Paragraphen aufgenommen ist, der die privatrechtlich erlaubte Notstandshandlung mit Strafe bedroht.

[2]) Meyer 290, Binding I, 3 u. 9, 770 ff, Moriaud 247, Olshausen § 54, 10, St. 64, Gross S. 43, Endemann I § 88, Titze, Lobe, Leonhard u. s. w., Liszt, Lehrbuch S 127.

[3]) Ebenso Liszt § 34 A. 6, Meyer 290, Binding 770, Moriaud 247, Olshausen § 54, Stammler 64.

fassen. Nach § 2 des R.-St.-G.-B. findet bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung das mildeste Gesetz Anwendung. Da es vollständig gleichgültig ist, ob das letztere Gesetz ein strafrechtliches ist oder ein solches, das als civilrechtliches Einfluss auf das Strafrecht ausübt, so kann eine vor 1900 begangene und nach 1900 abgeurteilte Tat hinsichtlich der Frage des Notstandes nur nach den Normen des B.-G.-B. beurteilt werden.

§ 14.

Geschichte des Notstandsrechtes des B.-G.-B.

Wollen wir nun zunächst einen Blick auf die Geschichte des Notstandsrechts des B.-G.-B. werfen. Bekanntlich wurde, als man daran ging, das grosse Gesetzgebungswerk zu schaffen, der ganze zu bearbeitende Stoff in fünf grosse Teile zerlegt, von denen jeder einem namhaften Juristen zur alleinigen Behandlung überwiesen wurde. Der allgemeine Teil, der die Materien in sich aufnahm, die zu mehreren Rechtsinstituten, zu mehreren von den andern Teilen gleichzeitig gehören, wurde dem Grossherzogl. badischen Geheimen Rat, Professor *Dr. Gebhard* übertragen, und zu dessen Aufgabe hätte es daher auch gehört, das Notstandsrecht zu behandeln. Allein dieser Redaktor hielt letztere Materie für nicht praktisch bedeutungsvoll und gewährte nur der Selbstverteidigung gegen die Tiere Aufnahme in seinem Entwurf.

Wie dann weiter aus der allgemeinen Geschichte des B.-G.-B. zu entnehmen ist, entbehrten die Entwürfe der fünf Redaktoren jedes einheitlichen Charakters. Es wurde daher eine neue Kommission gebildet, die einen neuen Entwurf anfertigen sollte.

Dieser Entwurf I, wie man ihn zu bezeichnen pflegt, ging nun in unserer Materie einen Schritt weiter. Zwar lehnte auch er eine eigentliche Ordnung des Notstandsrechts ab, erkannte aber wenigstens im § 187 die Befugnis zur Selbstverteidigung gegen eine fremde Sache, nicht mehr bloss gegen Tiere, an.

„Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem andern abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war

und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden war.“

Fassen wir diesen Paragraphen etwas näher ins Auge, so bedeutete er zunächst einen grossen Fortschritt gegenüber dem St.-G.-B. Er erkannte nicht mehr nur eine Gefahr für Leib und Leben, sondern die Bedrohung eines jeden Rechtsgutes als Notstandslage an. Den Ausdruck „Notstand“ vermied er zwar und nannte die Materie „Selbstverteidigung gegen Sachen“, allein das ist nicht zu leugnen, dass die Bestimmung in den Notstandsparagraphen des St.-G.-B. bedeutend eingriff. Ganz auf die gleiche Stufe mit der Notwehr, die, wie die Motive ausführen, nach der herrschenden Meinung gegen Sachen nicht zulässig sei, sollte die Selbstverteidigung gegen Sachen stehen. Die gleichen Worte „Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden“ gebrauchte man und gab damit indirekt der Ueberzeugung Ausdruck, dass diese Art der Selbstverteidigung nicht nur erlaubt, sondern geradezu die Ausübung eines Rechtes sein sollte. Es musste also auch die Strafe wegfallen; von einer Ersatzpflicht abzusehen, konnte man sich dagegen nicht verstehen. Da aber nach dem dem B.-G.-B. zu grunde liegendem Satze, dass eine Ersatzpflicht nur die Folge eines Kontraktes oder eines Deliktes sein könne, mit der Rechtmässigkeitserklärung der Notstandshandlung auch die Schadensersatzpflicht beseitigt gewesen wäre, bestimmte man in § 746 Abs. 2 ausdrücklich, dass dieselbe für die im Notstande begangenen Verletzungen bestehen bleibe.

So sehr man nun allerseits den in der Regelung des Notstandes seitens des Entw. I liegenden Fortschritt anerkannte, so wenig konnte man sich verhehlen, dass die Bestimmung doch noch ungenügend sei. Allerorten entstanden Aeusserungen und Gegenmeinungen, die in der Regelung seitens des § 187 die wichtigsten Forderungen nicht erfüllt sahen. Diese kritischen Stimmen, die meist Männern von Autorität angehörten, konnten auch von der Kommission, die zur weiteren Bearbeitung des Entwurfes neu gebildet wurde, nicht unbeachtet gelassen werden. So wurde denn zunächst aus dem § 187 des Entwurfes I der § 192 des Entwurfes II, wie man das Elaborat dieser neuen Kommission nannte.

„Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine

durch sie drohende Gefahr von sich oder andern abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet."[1])

Diese Fassung des Paragraphen räumte mit einem sich durch die ganze Literatur hindurchziehendem Vorurteil auf. Das Fehlen eigenen Verschuldens wird nicht mehr zur Voraussetzung für die Erlaubtheit der Abwehrhandlung gemacht. Die Selbstverteidigungshandlung soll auch dann rechtmässig sein und daher straflos bleiben, wenn der Handelnde die Gefahr schuldhafterweise verschuldet hat. Die schuldhafte Herbeiführung der Gefahr hat lediglich die Schadensersatzpflicht zur Folge. Und zwar sollte es allein darauf ankommen, ob der Abwehrende die Gefahr herbeigeführt habe. In welcher Beziehung der Bedrohte zu ihrer Entstehung stand, war gleichgültig; ein Dritter, welcher dem Bedrohten Hülfe gebracht habe, soll dem Verletzten auch dann nicht ersatzpflichtig werden, wenn er das Verschulden seitens des Bedrohten kannte. Ausserdem war nicht mehr jede Beschädigung oder Zerstörung einer fremden, Gefahr drohenden Sache durch das Gesetz gedeckt, sondern nur dann, wenn der durch die Verletzung angerichtete Schaden nicht ausser Verhältnis stand zu der drohenden Gefahr.

Dagegen erfüllte auch § 192 nicht die Hauptforderung, die man gestellt hatte, als § 187 des Entwurfes I zur allgemeinen Kenntnis kam. Man forderte schon damals, dass sich der zu schaffende Paragraph nicht auf die Verteidigung gegen Sachen beschränken solle, sondern dass auch die Fälle seiner Regelung bezw. der des B.-G.-B. überhaupt unterstellt würden, bei denen man zur Rettung aus einer Gefahr in fremdes neutrales Eigentum eingreife. Selbst in der Kommission erhoben sich Stimmen, die eine solche Ausdehnung, befürworteten und diesbezügliche Anträge — unter andern auch einer, der durch einen Paragraphen im Einführungsgesetze den § 54 R.-St.-G.-B. abändern wollte — wurden gestellt. Man hob hervor, dass ein dringendes Bedürfnis für die Aufnahme einer allgemeinen Notstandsbestimmung in das B.-G.-B. vorliege, denn ohne dasselbe würden sich unausbleibliche Miss-

[1]) Prot. S. 493.

stände ergeben. Vergleiche man die Bestimmungen des Entwurfes mit denen des R.-St.-G.-B., so ergebe sich, dass eine unter § 54 fallende Notstandshandlung straflos bleibe, auf dem Gebiete des Civilrechts aber als eine widerrechtliche Handlung angesehen werden müsse. Dies sei ein bedenkliches Missverhältnis, und unbedingt nötig sei daher eine einheitliche Regelung. Bei einer grossen Anzahl von Tatbeständen bilde die Widerrechtlichkeit der Handlung ein für die Strafbarkeit wesentliches Tatbestandsmoment. Die accessorische Natur des Strafrechts bringe es mit sich, dass die Begriffe, mit welchen es rechne, vielfach aus anderen Rechtsgebieten substanziert werden müssen. Das Bürgerliche Recht sei der richtige Ort für die Lösung der Frage, ob eine Handlung und inwiefern sie um deswillen, weil sie im Notstande begangen sei, den Charakter der Widerrechtlichkeit verliere.[1]) Man könnte auf diese Weise der der Jetztzeit unwürdigen Regelung des Notstandes im R.-St.-G.-B. ein Ende machen und die Notstandsstraflosigkeit zu einem Notrechte stempeln.

Allein dieser klaren Deduktion erwies sich die Majorität dcr Kommission in der ersten Lesung unzugänglich. Sie lehnte sämtliche Anträge ab, da sie nicht in einen Fundamentalsatz des Strafrechts eingreifen dürfe. Die Anträge hätten ihre wesentliche Bedeutung im Bereiche des Strafrechts. Auch in sachlicher Beziehung erscheine es nicht unbedenklich, dem Vermögensnotstande die Bedeutung einer die Widerrechtlichkeit ausschliessenden Tatsache beizulegen.[2])

Die Anhänger einer Regelung des Notstandsrechtes durch das B.-G.-B. liessen jedoch in ihren Bemühungen nicht nach, und so gelang denn in der zweiten Lesung, der sog. Revisionslesung, die grosse schöpferische oder besser reformatorische Tat. Geregelt wurden nun auch die Notstandshandlungen, bei denen man zur Rettung aus Gefahr in fremdes neutrales Eigentum eingreift und zwar in der Weise, dass auch sie für rechtmässig erklärt wurden.

Die Majorität zog in Erwägung, dass die in der ersten Lesung dem Notstande gegebene Regelung mit dem allgemeinen Rechtsgefühl in krassem Widerspruch stehe und dass sie namentlich dem Leitsatze, dem man in anderem gehuldigt hatte, von Treu

---

[1]) Prot. S. 497.

[2]) Prot. S. 499.

und Glauben, von guter Sitte und Chikaneverbot geradezu Hohn spreche. Es sei fernerhin zu berücksichtigen, dass nach den geltenden strafrechtlichen Bestimmungen und den bisher gefassten Beschlüssen der Notstandstäter bei Ausübung der Notstandshandlung Notwehr zu gewärtigen habe und für jeden von ihm angerichteten Schaden zum Ersatze verpflichtet sei. Dadurch werde aber die Notstandshandlung nahezu illusorisch gemacht. Es müsse daher zum Ausdrucke gebracht werden, dass der Gefährdete sich durch seine Notstandshandlung keiner Widerrechtlichkeit schuldig mache. Zudem komme in Betracht, dass das St.-G.-B. gar keinen Notstandsbegriff habe, sondern ihn als bekannt voraussetze und die Straflosigkeit nur für gewisse Fälle regle. Es handle sich nicht um eine Abänderung des Notstandsbegriffes, sondern um die Beantwortnng der Frage, ob und wann die Notstandshandlung eine rechtmässige oder eine rechtswidrige Handlung sei, also um eine Frage des bürgerlichen Rechtes. Bei einer Neuordnung des letzteren dürfe aber eine so wichtige Frage nicht unbeantwortet gelassen werden.

Nachdem man nun dazu gekommen war, die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung, auch wenn die Gefahr nicht von der verletzten Sache herrührte, anzuerkennen, handelte es sich um die weitere Frage, ob sich auch eine Grenze für das Notstandsrecht geben lasse. Der Vorschlag, die guten Sitten hiefür entscheiden zu lassen, wurde abgelehnt. Man beschloss, es vielmehr auf das Verhältnis des dem Gefährdeten drohenden Schadens zu dem aus der Notstandshandlung entstehenden Schaden an fremdem Gute ankommen zu lassen. Und zwar wurde diese Forderung mit 8 gegen 8 Stimmen nur durch Stichentscheid des Vorsitzenden der Kommission in obiger Weise erledigt.

Da die Frage des Notstands, soweit es sich um einen Eingriff in neutrales fremdes Eigentum handelt, wohl am besten zu der Materie der Eigentumsbeschränkungen zu zählen ist, — nur den Eingriff in das Eigentum gestattet ja, die Befugnis enger fassend als das R.-St.-G.-B., das B.-G.-B. — so fügte man die neuen Bestimmungen auch nicht in den allgemeinen Teil als Anschluss an die Selbstverteidigung an, sondern nahm sie als besonderen Paragraphen in das Sachenrecht auf.

Wir finden daher das Quellenmaterial unserer Untersuchung

in zwei Stellen im B.-G.-B. als die §§ 228 und 904. In ihrer allerletzten Fassung — kleine Redaktionsänderungen nahm noch der Bundesrat und der Reichstag an dem Entwurfe der Kommission vor — lauten sie nun:

§ 228.[1]) Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem andern abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

§ 904. Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines andern auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

Diese beiden Paragraphen, die man wohl am besten gemeinsam behandelt, sollen nun im folgenden näher besprochen werden.

§ 15.

Das Notrecht und seine unmittelbaren Konsequenzen.

Wir haben bereits mehrere Male in der Einleitung und in der Darstellung der Geschichte des Notstandsrechtes des B.-G.-B. erwähnt, dass das B.-G.-B. endlich den lange gehegten Wunsch erfüllt und ein Notrecht geschaffen habe. Es bedarf diese Behauptung noch einer kurzen Begründung, da sich ihre Richtigkeit keineswegs direkt aus der Fassung der beiden in Betracht kommenden Paragraphen entnehmen lässt. Nicht findet sich ja ein Ausdruck wie rechtmässig, Ausübung eines Rechts etc., der jeden Zweifel ausschliessen müsste. Die Worte „nicht widerrechtlich“ in § 228 stempeln die Handlung noch nicht zu einer rechtmässigen, ihre Anwendung könnte ihr auch nur den Charakter eines rechtlich

---

[1]) Wir betrachten eigentlich die Selbstverteidigung gegen Sachen, wie wir oben ausgeführt haben, im Uebereinstimmung mit den Motiven z. B.-G.-B. nicht als Notstandsfall; da sie jedoch häufig als solcher bezeichnet wird und da für sie ähnliche Bestimmungen wie für den Notstand in Betracht kommen. so sei sie hier mitbehandelt,

freien, für das Recht nicht in Betracht kommenden Ereignisses geben. Denn dass solche rechtlich freie Handlungen existieren, darüber dürfte wohl kein Zweifel mehr bestehen. Auch für das geltende Strafrecht nehmen mehrere Autoren jenen Charakter in Bezug auf die Notstandshandlung in Anspruch. Allein wie für letzteres, so ist er auch für das B.-G.-B. als unzulänglich zu verwerfen. Die zweite Kommission hat sich direkt dagegen erklärt, weil ein derartiger Zwitterbegriff für das bürgerliche Recht nicht geeignet sei, und das Gesetz selbst gibt uns wohl keinen Anlass, nachträglich entgegen den Ansichten der Kommission jenen Charakter in die Bestimmung hinein zu interpretieren.

Alle Anzeichen deuten hingegen teils mit mehr, teils mit weniger Bestimmtheit auf die Annahme eines Notrechtes hin. Die Handlung des Gefährdeten ist der Ausfluss eines Rechts. Nur in diesem Fall ist die Notwehr für den Verletzten ausgeschlossen, nur in diesem Fall steht dem Täter die Befugnis zu, ein ihm entgegentretendes subjektives Recht mit Gewalt zu überwinden. Der Ausschluss der Notwehr ebenso wie die Befugnis, entgegenstehende Rechte niederzuzwingen, sind aber unbedingt erforderliche Essentialen eines lebensfähigen Notstandsrechts.

Ausserdem ist noch folgendes zu erwähnen. Der § 823 B.-G.-B. spricht über die unerlaubten Handlungen und bestimmt, dass vorsätzliche und fahrlässige widerrechtliche Angriffe in fremde Rechtsphären zum Schadensersatz verpflichten. In § 227 werden nun Notwehrhandlungen für nicht widerrechtlich erklärt und es ist allgemein bekannt, dass die Notwehr in Ausübung eines Rechts vorgenommen wird und nicht zum Schadensersatze verpflichtet. Wenn aber im § 227 die Worte „nicht widerrechtlich“, die an die Stelle der Worte „nicht erlaubt“ getreten sind, ohne dass hiemit eine Aenderung des Sinnes beabsichtigt war, als identisch mit „rechtmässig“ aufgeführt werden, so muss dasselbe für den eine Analogie zu § 227 bildenden § 228 gelten, denn auch für ihn ist die Schadensersatzpflicht verneint.

Muss man also, um zu einem praktischen Resultat zu gelangen, in § 228 die Worte „nicht widerrechtlich“ mit „rechtmässig“ identifizieren, so tritt bei dem eigentlichen Notstandsparagraphen, dem § 904, die Existenz eines Notrechtes noch viel deutlicher in Erscheinung. Wenn dem Eigentümer einer Sache das Recht

genommen wird, über seine eigene Sache nach Belieben zu verfügen, d. h. die Einwirkung auf dieselbe seitens eines anderen zu verbieten, so zeigt das klar, dass der andere in Ausübung eines Rechtes handelt. Einer rechtswidrigen Handlung gegenüber müsste dem Angegriffenen Notwehr zustehen; gegen eine rechtlich freie Handlung könnte ihm das Recht letztere, ohne sie zu gestatten, wenigstens nicht verbieten. Ein Recht lässt sich immer nur durch ein Recht überwinden. Auch hier ist also ein Notrecht anerkannt, eine Errungenschaft von eminenter Tragweite.

Besonders auch für das Strafreeht, dessen Modifizierung bezw. Erweiterung durch das B.-G.-B. ja, wie wir bewiesen, in den Bereich der Möglichkeit fällt, hat die Anerkennung des Notrechtes eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Nun ist jene, die Strafrechtswissenschaft in zwei, sogar drei Lager teilende Frage für gewisse Fälle direkt, für die andern e contrario entschieden. Nun sind alle die Controversen, die sich an jene Streitfrage anknüpften, gelöst, nun ist die Rechtmässigkeit gewisser durch den § 54 R.-St.-G.-B. getroffenen Handlungen festgesetzt. Was das bürgerliche Recht, dessen Aufgabe es ist, die Befugnisse des einzelnen abzugrenzen, subjektive Rechte zu verleihen und zu nehmen, für rechtmässig erklärt, das bleibt, mag eine andere Rechtsdisziplin auch eine andere Entscheidung treffen, rechtmässig. Eine Entscheidung, wie die oben angezogene des Reichsgerichts, die allenfalls noch mit der Verworrenheit des Civilrechtes entschuldigt werden kann, ist heute undenkbar. Sobald demnach die Voraussetzungen der §§ 228 und 904 gegeben sind — nicht bei allen durch § 54 für straflos erklärten Notstandshandlungen trifft dies zu — ist die Tat des Gefährdeten eine rechtmässige. Von selbst entfallen daher alle Konsequenzen, die wir oben an die Auffassung des R.-St.-G.-B., dass die Handlung rechtswidrig bleibe, geknüpft haben.

Da ist in erster Linie die Frage der Zulässigkeit der Notwehr zu nennen. Als naturgemässe Folge der Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung wurde von uns angeführt, dass der Täter jederzeit gegen die Vornahme der Rettungshandlung Notwehr zu gewärtigen habe und dass dem, der den Eingriff in seine Rechtssphäre zu erdulden habe, die Notwehr nicht untersagt werden könne. Wir erklärten dies damals zwar für eine bedauerliche

Erscheinung, mussten jedoch alle Versuche, auf Grund des R.-St.-G.-B. anders zu entscheiden, als unzulässig verwerfen. Jetzt aber ist eine Basis für eine entgegengesetzte Entscheidung gegeben, jetzt dürfen wir mit Recht sagen, die Notwehr sei gegen die Notstandshandlung in den meisten Fällen ausgeschlossen.[1]) Letztere ist ja rechtmässig und Notwehr ist nur Reaktion gegen rechtswidrige Handlungen. Es ist dies von grosser Bedeutung. Denken wir uns z. B. folgenden Fall. Ein dem Tode durch Ertrinken nahes Individuum sucht sich an einem zufällig vorüberfahrenden Boote mit den Händen festzuhalten, sich hinaufzuschwingen und dadurch zu retten. Der Besitzer dieses Fahrzeugs im Vollgefühl seines Eigentumsrechtes will sich, obwohl die Gefahr des Umkippens nicht vorhanden ist, dieses ihm vielleicht gerade unbequemen Eingriffes in seine Rechtssphäre erwehren und versetzt dem Schwimmer mit dem Ruder kräftige Schläge auf Hände und Haupt, sodass dieser in die Fluten zurücksinkt und ertrinkt. Jedermann wird diese Abwehrhandlung des Bootbesitzers vom moralischen Standpunkte aus für höchst verwerflich erklären und wird den vermeintlichen Helden als gemeinen Mörder brandmarken. Die Rechtsordnung, d. h. das bis 1900 geltende Recht legt ihm keine Strafe auf und behandelt sein Verbrechen als rechtmässige Handlung. Braucht er sich doch den rechtswidrigen Angriff des mit dem Tode Ringenden nicht gefallen zu lassen und kann er ihn doch vom Standpunkt der Notwehr mit den schärfsten Mitteln zurückweisen. Anders nach dem jetzt durch das B.-G.-B. modifizierten Strafrecht. Jetzt trifft den Elenden auch die wohl verdiente Strafe, jetzt ahndet das Recht seine Tat als Totschlag. Die Notwehr gegen die rechtmässige Handlung steht ihm nicht zu, seine Handlung war also ein Angriff, wie sie es gewesen wäre, wenn nicht der Rettungsversuch vorausgegangen wäre.

Oder ein anderes Beispiel. In einer kalten Winternacht, in der jeder, der im Freien zu bleiben genötigt ist, unverweigerlich erfrieren muss, pocht ein verirrter Wanderer an die einzige weit und breit sich findende Wohnstätte und bittet um eine Unterkunft für die Nacht. Der Besitzer weist den Einlass Begehrenden barsch ab. Allein dieser, andernfalls dem sicheren Tode verfallen,

---

[1]) vergl. Mot. I, S. 349; Denkschrift S. 58; Cohn, Bürgerl. Recht in Sprüchen II, 188: Gegen die Notstandshandlung ist die Notwehr nicht gewachsen."

erbricht, nachdem ihm auf weiteres Pochen nicht geöffnet wird, die Türe und kauert sich in eine Ecke des Gemaches nieder. Nun springt der Besitzer, empört über die Eigenmächtigkeit des Wanderers mit einem in der Eile aufgenommenen Prügel hinzu, versucht den Eindringling zu verjagen und schlägt, da ihm dies nicht gelangt, ihn mit dem Prügel zu Boden. Aber auch jener setzt sich zur Wehr, zieht rasch seine einzige Waffe, sein Messer, und verwundet den Angreifer nicht unerheblich. Wie wäre nun ein solcher Fall zu entscheiden? Nach altem Recht hat der Einbrecher zwar keine Strafe zu gewärtigen für das Erbrechen der Türe; denn er handelte im Notstande für Leib und Leben. Seine Handlung war jedoch eine rechtswidrige und Notwehr dagegen zulässig. Deshalb hat der Hausbesitzer in keiner Weise gegen das Gesetz verstossen, wenn er den Wanderer mit Gewalt wieder in die Flucht zu jagen suchte, mag er letzterem dabei auch Verletzungen beigebracht haben. Der Verirrte dagegen war zu einer Abwehr nicht berechtigt, da es gegen Notwehr nicht wieder Notwehr geben kann; er ist für seine Handlung zu bestrafen. Entspricht nun diese, nach dem Rechte bis 1900 unanfechtbare Entscheidung unserem Rechtsgefühle? Gewiss nicht; es verlangt eine Bestrafung des hartherzigen Hausbesitzers, und in Einklang mit ihm steht auch unser heutiges Recht. Heute müssen wir folgendermassen urteilen. Der zurückgewiesene Wanderer hat im Notstande gehandelt mit dem Erbrechen der Türe und ist deshalb straflos. Seine Handlung war aber auch rechtmässig; Notwehr stand deshalb dem Hausbesitzer gegen sie nicht zu. Wenn er trotzdem mit Gewalt dagegen zu reagieren suchte, so war seine vermeintliche Abwehrhandlung ein rechtswidriger Angriff, der Notwehr erzeugen konnte. Nicht er, sondern der Wanderer handelte in Notwehr; nicht er ist also straflos, sondern der Wanderer; der Hausherr muss wegen Körperverletzung bestraft werden, es müsste denn sein, man könnte ihm Putativnotwehr zubilligen.

Ebenso einschneidend, wie für das Moment der Notwehr, war die Statuierung eines Notrechts für die andere von den behandelten Fragen, für die Frage, ob die Teilnahme an einer Notstandshandlung strafbar sei oder nicht. Während wir uns oben genötigt sahen, auf Grund der Auffassung des R.-St.-G.-B. das nur einen persönlichen Strafausschliessungsgrund kennt, die Teilnahme an

einer Notstandshandlung für ein Delikt zu erklären, dürfen wir jetzt unserem Rechtsgefühl entsprechend diese Ansicht aufgeben. Denn da nur die Anstiftung zu einer strafbaren Handlung und nur die Beihilfe zu einem Verbrechen oder Vergehen bestraft wird, so können auch die §§ 47, 48, 49 über die Teilnahme nicht mehr hier Platz greifen. Ob ich ein mir zustehendes Recht selbständig und allein ausübe oder ob ich mich dabei von einem anderen unterstützen lasse, das muss für die Rechtsordnung ohne Bedeutung bleiben. Wenn es in ihrem Vorteil liegt, dass das gefährdete Rechtsgut gerettet wird, wenn sie soviel Interesse an seiner Erhaltung hat, dass sie seinem Besitzer sogar gestattet, sonst streng verpönte Handlungen vorzunehmen, so kann sie auch die Teilnahmehandlung nicht strafen.

§ 16.

Die allgemeine Nothilfe.

Die Zulässigkeit der Teilnahmehandlung, d. h. indirekt die Annahme eines Notrechtes führt noch zu viel weiter gehenden Konsequenzen, die das B.-G.-B auch zu ziehen nicht unterlassen hat. Nicht nur die Teilnahme an einer fremden Notstandshandlung muss gestattet sein, sondern auch die allein ausgeführte Tat, die man als Nothilfe für einen andern vornimmt. Das B.-G.-B. stellt also das Prinzip der allgemeinen Nothilfe für die von ihm zugelassenen Notstandshandlungen auf und übt damit einen weiteren bedeutenden Einfluss auf das Strafrecht aus. „Von sich oder einem andern abzuwenden“ sagt § 228, während sich § 904 einer unpersönlichen Fassung bedient. Das Notrecht steht infolgedessen nicht nur dem Angegriffenen, sondern ganz allgemein jedermann zu, jedermann kraft eignen Rechtes, es ist nicht an den Willen des Angegriffenen gebunden. Selbst wenn letzterer sich gegen die Ausübung erklärte, könnte dennoch ein dritter die Notstandshandlung vornehmen, es sei denn, es läge in jener Erklärung ein rechtsgültiger Verzicht auf eine dem freiwilligen Verzichte unterworfene Sache. Wollte jemand z. B. auf sein Leben verzichten, so könnte zu dessen Rettung ein Dritter dennoch die Notstandshandlung vornehmen, da jenes ein dem Verzichte nicht unterworfenes Gut ist. Gibt der in einem Vermögensbestand Gefährdete dagegen zu erkennen, dass es ihm gleich gelte, ob das

gefährdete Gut ihm erhalten bleibe oder nicht, so hat auch die Rechtsordnung kein Interesse daran, zu seiner Rettung die Rechte eines andern zu opfern, denn päpstlicher als der Papst, um einen vielgebrauchten Ausdruck anzuwenden, hat sie nicht nötig sich zu erweisen.

Wenn also das R.-St.-G.-B. im § 54 auch vorschreibt, dass die Notstandshandlung nur dann straflos zu bleiben habe, wenn sie zur Rettung einer der in § 52 näher bezeichneten Angehörigen vorgenommen wird, so ist diese Bestimmung mit dem 1. Jan. 1900 für die Handlungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch als Ausfluss eines Notrechtes erklärt, ausser Kraft gesetzt. Fortan ist somit die Dissonanz des Rechtes mit der Moral, die vom Standpunkt des St.-G.-B. nicht zu umgehen war, gehoben, fortan hat jeder das Recht, den Satz: „Stehe Deinem Nächsten in der Not bei!“ in die Wirklichkeit umzusetzen, ohne den strafenden Arm der Themis fürchten zu müssen. Die Tragweite der durch das heutige Recht erteilten Genehmigung ist so in die Augen springend, dass eine Erläuterung durch Beispiele leicht entbehrt werden kann.

Bisher haben wir nur von den Fällen gesprochen, die durch das B.-G.-B. mit einem Notrecht begabt worden sind. Es ist dies zwar der weit überwiegende Teil all jener, deren Beurteilung einmal einem Gerichtshofe unterliegen wird, allein die Möglichkeit des Vorkommens anderer ist nicht ausgeschlossen. Das B.-G.-B. spricht ja nur von einem Eingriffe in fremdes Eigentum, nicht will es auch die etwa in einer Körperverletzung oder sonstigen verbotenen Handlung bestehenden Nothandlungen treffen. Trotzdem glauben wir, dass die oben gestellte Frage über die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Notstandshandlungen auch für jene Arten vom B.-G.-B. beantwortet ist. Wenn das B.-G.-B. bei der Regelung der Materie, bei der es völlig souverain verfügen konnte, nur einzelne spezielle Bedingungen erfüllende Arten herausgriff, um ihnen ein Notrecht zu verleihen, so gab es damit der Ansicht Ausdruck, dass die anderen ebenfalls mit Notstand zu bezeichnenden Lagen eines solchen Rechtes nicht würdig seien. Ob sie mit Strafe zu belegen oder straflos zu lassen seien, diese Frage war dem B.-G.-B. zur Entscheidung nicht vorgelegt, da sie dem Strafrechte angehört. Das B.-G.-B. hat lediglich die Rechtmässigkeit festzustellen und hat diese verneint. Es bleiben daher

für alle jene Handlungen die Bestimmungen des § 54 mit ihren engen Grenzen unverändert bestehen. Das B.-G.-B. schneidet also in § 54 derart ein, dass es aus demselben zwei ungefähr folgendermassen lautende Gesetze bildet:

1) Die Einwirkung auf eine fremde Sache ist rechtmässig, wenn sie zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr von sich oder einem andern notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist.

2) Eine straflose, aber rechtswidrige Handlung ist vorhanden, wenn die Handlung ausser dem Falle der Notwehr und ausser den durch Abs. 1 getroffenen Fällen in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist.

§ 17.

Der Inhalt des Notrechtes.

Ehe wir dazu übergehen, die Voraussetzungen festzustellen, unter denen die Notstandshandlung eine rechtmässige wird, wollen wir uns noch mit dem Inhalt des Notrechts bekannt machen.

Während das St.-G.-B. mit seiner gewährten Straflosigkeit jede verbotene Handlung, mag sie in einer Verletzung der Normen über Handlungen gegen Personen, gegen den Staat oder das Vermögen bestehen, decken kann, verleiht das B.-G.-B. die Rechtmässigkeit lediglich den ersteren. Nur dann ist vor seinem Forum eine Handlung dem Rechte gemäss, wenn sie einen Eingriff in das Eigentum darstellt. Dass das B.-G.-B. in den beiden §§ 228 und 904, verschiedene Ausdrücke gebraucht, um damit die Befugnis des Notstandstäters zu kennzeichnen, indem es ihm einmal das „Beschädigen und Zerstören“ der fremden Sache, das andere Mal die „Einwirkung“ auf dieselbe gestattet, wird als unwesentlich angesehen werden dürfen. Man wird behaupten können, dass beide Male ein und dieselbe Tätigkeit zu einer erlaubten gestempelt werden soll, da ganz gewiss der Begriff „Einwirkung“, der wohl absichtlich so farblos gewählt wurde, um einer zu engen Interpretation von vornherein entgegenzutreten, das Beschädigen und Zerstören als Hauptfälle umfasst, und da andererseits der Schluss

a maiore ad minus wohl gerechtfertigt ist, dass auch die blosse Wegnahme oder Benützung nach beiden Paragraphen erlaubt ist.[1]) Dass auch der Gebrauch oder sogar der Verbrauch einer fremden Sache nach den Selbstverteidigungs- und Notstandsparagraphen zulässig ist, könnte allerdings Zweifel erwecken, indem man vielleicht einwenden kann, in der Erlaubnis zur Zerstörung der Sache zwecks Abwendung einer Gefahr könne doch unmöglich die Befugnis liegen, für sich selbst aus der Sache Nutzen zu ziehen. Allein, wer diesen Einwand erhebt, der legt zu viel Wert auf die subjektive Seite der Tätigkeit; wahrlich in Betracht zu kommen hat nur die objektive und in dieser Hinsicht ist zu sagen, dass der Gebrauch und Verbrauch tatsächlich solche Handlungen darstellen, die eine Minderung des Wertes der Sache herbeizuführen im stande sind. In welcher Weise sich diese Wertminderung vollzieht, ob durch Beschädigung oder auf andere Weise, muss den Paragraphen völlig gleichgültig erscheinen.

Wenn man die durch die §§ 228 und 904 gedeckten Rechtsverletzungen auch nach dem System des Strafrechts beurteilen soll, so darf man sagen, dass die Tatbestände der §§ 303, 304 und 305 im Notstande unter die erlaubten Handlungen fallen. Es sind dies einfache Sachbeschädigung, Zerstörung oder Beschädigung von Gegenständen der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft oder von solchen, die dem Gottesdienste gewidmet sind, Grabmälern, öffentlichen Denkmälern, Gegenständen der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, Gegenständen, welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, dann von Gebäuden, Schiffen, Brücken, Dämmen, gebauten Strassen, Eisenbahnen oder anderen Bauwerken. Für die öffentlichen Sachen darf dies jedoch nicht allgemein behauptet werden, insoferne sich aus dem öffentlichen Rechte einige Beschränkungen ergeben können.[2])

Die Einwirkung hat sich also — wir können dies nicht oft und deutlich genug hervorheben — lediglich auf die Sachgüter-

---

[1]) Seufferts Archiv Bd. 27. No. 202.

[2]) vergl. darüber später.

welt zu beschränken, alle anderen Handlungen,[1]) wie gegen das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, die Ehre u. s. w. können wohl, wenn sie die Voraussetzungen des § 54 R.-St.-G.-B. erfüllen, straflos bleiben, werden aber vom B.-G.-B. und seiner gewährten Rechtmässigkeit nicht getroffen. Die Perforation z. B., die man öfters mit dem Notstande zu entschuldigen versucht, wird durch das B.-G.-B. nicht für rechtmässig erklärt, für sie kommen weiter nur die strafrechtlichen Sätze in Betracht.

Aber eine etwas freiere Interpretation der Einwirkung auf die Sache und des Wortes „Sache“ selbst, dürfte doch wohl am Platze sein. Trotzdem das B.-G -B. im § 90 erklärt, dass Sachen im Sinne des Gesetzbuches nur körperliche Gegenstände sind, wird man hier eventuell auch die Einwirkung auf eine Naturkraft, z. B. auf die Elektrizität,[2]) für zulässig erachten. Man wird auch nicht daran festhalten, dass die Einwirkung immer eine körperliche ist, dass man also nicht wie die alte lex Aquilia „corpore corpori datum“ verlangt, sondern wird auch in dem Entfliegenlassen von Vögeln und ähnlichem einen erlaubten Eingriff erblicken. Ja man wird sogar noch weiter gehen können und auch eine nicht in einer direkten Einwirkung bestehende Vermögensschädigung als eine nach § 904 rechtmässige Notstandshandlung ansehen. Das von *Titze* zum Beweis dieser Tatsache gewählte Beispiel erscheint uns allerdings wenig passend, da *Titze* ja eine Hauptfolge des Notstands ausser acht lässt und damit, dass er einen Notstand annimmt, nur die ohnehin nach § 826 eintretende Schadensersatzpflicht begründen will. Der Notstandstäter darf verlangen, in das fremde Eigentum eingreifen zu dürfen, und solange der fremde Eigentümer dies zulässt, ist die Sachlage eine höchst einfache und bedürfte weiter keiner Erörterung. Nicht jederzeit aber wird dies der Fall sein, gar mancher wird sich zur Wehr setzen oder wenn dies nicht, wenigstens die zur Ausübung unbedingt notwendige Mitwirkung verweigern.

---

[1]) Es erscheint dies auf den ersten Blick hart, denn oftmals wird das bedeutend kleinere Uebel z. B. eine Körperverletznng sein. Aber die Bestimmung ist wohl gerechtfertigt; denn keineswegs können wir unsere Handlungen so einrichten, dass wir gerade nnr die kleine vorgehabte Verletzung zufügen und weitergehende, wenn auch nicht gewollte Angriffe zu gestatten, kann sich die Rechtsordnung nicht in der Lage sehen.

[2]) vergl. deutsche Juristenzeitung 1899.

Was kann in solchem Falle der Gefährdete oder der Nothelfer tun, soll er auf Ausübung seines Rechts verzichten müssen oder gibt ihm das Recht Mittel zur Hand, den Widerstand zu brechen?

Wenn im gewöhnlichen Leben sich jemand in der Ausübung eines Rechts beschränkt sieht, so beschreitet er den Weg der Klage. Das Gericht erlässt dann in seinem Urteil an den Störenfried den Rechtsbefehl, fernere Störungen zu unterlassen, oder es geht im Wege der Exekution gegen ihn vor. Mit diesen Mitteln wäre aber dem Inhaber des Notrechtes wenig gedient. Denn die Notlage, die ein Notrecht begründet, fordert raschere Mittel, fordert sofortiges Handeln. Auf den Weg der Klage den Gefährdeten verweisen, hiesse, ihm das verliehene Notrecht wieder nehmen. Ganz andere Hilfe muss ihm daher die Rechtsordnung gewähren, und sie enthält sie ihm auch keineswegs vor. Wehrt sich der Notpflichtige direkt mit Gewalt gegen die Ausübung des Notrechts, so steht dem Inhaber des letzteren das Recht der Notwehr zu. Die Handlung, die er ausführen will, ist eine rechtmässige, jeder, der ihr entgegentritt, macht sich also eines rechtswidrigen Angriffs schuldig. Die Abwehr des letzteren ist nach § 227 B.-G.-B. gestattet, da ihr alle dort gegebenen Voraussetzungen zu grunde liegen. Aber noch schlimmere Ergebnisse als die blosse Verursachung der Notwehr kann das Benehmen des widerstrebenden Notpflichtigen für ihn zeitigen. War seine Handlung nicht von weiteren Folgen begleitet, d. h. hatte der Gefährdete trotz des Widerstandes sein Recht durchgesetzt und die Gefahr beseitigen können, so ist der das Notrecht abwehrende Eigentümer nur für die Abwehrhandlung verantwortlich. Je nachdem diese in einem einfachen Verbieten oder Zurückstossen, Verwunden des Nothelfers sich äusserte, kann sie den Tatbestand einer Beleidigung oder Körperverletzung bilden. Wenn jedoch die Abwehrhandlung von solchem Erfolg begleitet war, dass sie die Rettung aus der Gefahr vereitelte, dann muss der Verhinderer für alle Nachteile, die er zurechenbarerweise verursacht hat, verantwortlich gemacht werden, zurechenbarerweise, d. h. für den Erfolg, den er vorausgesehen hat oder mit einiger Sorgfalt hätte voraussehen können. Niemals kann er dagegen auch für die Folgen, deren Eintritt er unmöglich ahnen konnte, bestraft werden.

Allein es ist nicht notwendig, dass der Eigentümer der be-

nötigten Sache sich direkt gegen die Benützung derselben zur Wehr setzt. Er kann, wie gesagt, bloss seine Mitwirkung hiezu verweigern, er kann z. B. den Schlüssel zu dem den benötigten Gegenstand bergenden Behältnis nicht herausgeben. Darin auch schon einen die Notwehr rechtfertigenden Angriff zu sehen, wie *Berner* dies verteidigt, können wir uns nicht entschliessen. Unter Angriff wird man im gewöhnlichen ein Vorwärtsbewegen gegen die anzugreifende Person oder Sache, sei es des Angreifenden selbst oder sei es eines seiner Hand entfahrenden Gegenstandes zu verstehen haben, in dem blossen Unterlassen dagegen, in dem blossen Nichtleisten einer Handlung wird kein Angriff zu erblicken sein.[1]) Ein anderes Mittel als die Notwehr muss also dem Gefährdeten zu Gebote stehen.

§ 229 sagt nun:

„Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe ...... den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“

Die Voraussetzungen dieses Paragraphen, also die Voraussetzungen der Selbsthilfe scheinen uns in unserem Falle gegeben zu sein. Der Gefährdete bezw. der Nothelfer hat einen Rechtsanspruch, dessen Verwirklichung in Gefahr ist. Obrigkeitliche Hilfe ist nicht rechtzeitig zu erlangen, denn nur sofortiges Eingreifen kann den Eintritt der Gefahr verhindern. Der Bedrängte muss also zur Ausübung seines Notrechtes sich der Selbsthilfe bedienen dürfen, es wäre das Notrecht sonst ein nutzloses Geschenk der Rechtsordnung. Es kann dadurch sogar das Notrecht erweitert werden. § 904 gestattet nur einen Eingriff in die Sachgüterwelt. Wenn nun aber dieser zum Rechte gewordene Eingriff von dem Verpflichteten vereitelt zu werden droht, indem letzterer passiven Widerstand entgegensetzt, so kann der Widerstand im Rahmen der Selbsthilfe des § 229 auch durch eine Handlung gegen seine Person gebrochen werden. Wie weit letztere gehen darf, wird

---

[1]) Berner, Archiv f. St.-R. 1848, S. 188; in Uebereinst. mit d. Text, Olshausen, Matthias u. A.

man nicht von vornherein festlegen, sondern in das vernünftige richterliche Ermessen stellen. So müssen z. B. auch wir die Entscheidung *Titzes* für richtig erklären, wonach ein in seiner Equipage Spazierenfahrender nicht gezwungen werden kann, auszusteigen, selbst nun den Weg zu Fuss zurückzulegen und die Equipage einem Schwerverwundeten zu überlassen, der gerade nach der entgegengesetzten Richtung gebracht werden muss. Die Wegnahme des Wagens zur Benützung für den Verwundeten könnte zwar unbedingt durch den § 904 gedeckt erscheinen, allein der Zwang der dem Besitzer zu gleicher Zeit auferlegt wird, nun zurückgehen zu müssen, statt fahren zu können, bedeutet einen so gewaltigen Eingriff in die persönliche Freiheit des letzteren, dass § 904 und sein Notrecht ihn nicht mehr zu schützen vermag. Wird dagegen von dem Equipagenbesitzer bloss verlangt, einen Verwundeten zu sich in den Wagen zu nehmen und ihn an dasselbe Ziel, das er selbst erstrebt, zu bringen, so kann er diese Forderung nicht ablehnen. Hier liegt zwar auch ein Eingriff in die persönliche Freiheit vor, aber ein ganz minimaler, der mit dem § 904 gerechtfertigt werden kann.

Auf die besprochene Weise ist also der Gefährdete in ausgedehntem Masse geschützt. Für den Verpflichteten kann aber die Weigerung und der Widerstand böse Folgen haben. Ist hiedurch die Rettung aus der Gefahr vereitelt worden, so gilt dasselbe, was wir oben bei dem aktiven Widerstand des Eigentümers ausgeführt haben. Ist es aber dem Gefährdeten oder dem Nothelfer mittelst Selbsthilfehandlung gelungen, den Eintritt der Gefahr zu verhindern, so kann in dem Verbieten wieder der Tatbestand einer Beleidigung gegeben sein. Ein Beispiel wird alle diese Konsequenzen deutlicher beleuchten.

In einem nur aus wenigen Häusern bestehenden Weiler wird aus der mehrere Stunden weit entfernt liegenden Stadt ein Arzt zu einemschwer kranken Kinde geholt. Als der Arzt an das Krankenlager tritt, erkennt er, dass das Kind in höchster Lebensgefahr schwebe und nur durch ein sofort anzuwendendes Arzneimittel noch zu retten sei. Allein, er hat dieses Mittel nicht bei sich, in dem Weiler ist keine Apotheke, so scheint das Kind verloren. Da erinnert sich der trostlose Vater plötzlich, dass ein Nachbar kürzlich dieses Mittel ebenfalls angewandt habe und

noch einiges davon besitzen müsse. Er begibt sich deshalb sofort in das Nachbarhaus, trifft aber dort niemanden an. Kurz entschlossen steigt er in das zu ebener Erde gelegene Zimmer ein, erbricht mit Gewalt das hier befindliche Arzneikästchen und entnimmt ihm die für das Leben seines Kindes so wertvolle Arznei. Das Kind nimmt sie ein und wird dadurch gerettet. Dem Eigentümer ist der Vater zum Ersatze verpflichtet für Arznei und Reparatur des Arzneikästchens und gerne wird er diese Kosten übernehmen.

Nehmen wir an, der Eigentümer sei zu Hause gewesen und hätte dem Vater auf sein Bitten die Arznei ausgehändigt, so bekäme er sie ebenfalls ersetzt.

Der Eigentümer kann sich aber auch hartherzig zeigen und das Mittel verweigern. Wenn nun der Abgewiesene trotzdem unter Beiseiteschiebung des Eigentümers des Kästchens erbricht, vielleicht den Eigentümer dabei auch verletzt, so bleibt er dennoh straflos. Denn er hat in berechtigter Selbsthilfe gehandelt; den angerichteten Schaden hat er zu ersetzen, soweit er dem Eigentümer durch einfache Duldung des Notrechtes entstanden wäre; der Schaden, der lediglich von der gewaltsamen Durchsetzung des Notrechts mittels Selbsthilfehandlung gegenüber dem widerstrebenden Willen des Eigentümers herrührt, bleibt unersetzt; denn niemand kann den Schaden vergütet verlangen, der aus seiner eigenen widerrechtlichen Handlung erwachsen ist.

Man könnte nun zu der Meinung gelangen, es sei, sobald eine Selbsthilfehandlung notwendig sei, überhaupt kein Ersatz mehr zu gewähren. Sobald der zur Duldung Verpflichtete sich weigere, das Notrecht ausüben zu lassen, komme das Vorhandensein eines Notstandes nach § 904 nicht mehr direkt in Betracht Das Notrecht werde nun behandelt wie ein anderer Rechtsanspruch, den der Schuldner, hier der Verpflichtete, zu erfüllen habe. Erfülle er ihn nicht und liege in seiner Nichterfüllung eine Gefahr für den Gläubiger, so habe letzterer das Recht der Selbsthilfe nach § 229. Wenn der Gläubiger aber zur Selbsthilfe gezwungen sei, so habe er keine Verpflichtung zum Schadensersatze, da § 229 diese nicht statuiere.

Allein diese Auffassung kann als richtig nicht anerkannt werden. Es wird dies am deutlichsten, wenn wir den Charakter der Selbsthilfe betrachten. Die Selbsthilfe nach § 229 ist lediglich

ein Ersatz für die staatliche Hilfe, für die staatliche Verurteilung und staatliche Exekution. Nehmen wir nun an, — praktisch ist dies ja nicht denkbar — der mit dem Notrecht Ausgestattete klage auf Anerkennung des Notrechtes und Duldung des Noteingriffes seitens des Verpflichteten, so kann der Beklagte lediglich verurteilt werden zur Duldung des Eingriffes gegen vollen Schadenersatz, und wenn die Zwangsvollstreckung auf Grund dieses Urteils vorgenommen werden soll, so darf sie lediglich den Eingriff gegen Zahlung des vollen Ersatzes zum Ziele haben. Denn § 904 gestattet die Ausübung des Notrechts nur gegen Ersatz. Wenn also die staatliche Hilfe nur gewährt wird unter der Bedingung des Ersatzes, so kann auch die an ihre Stelle getretene Selbsthilfe nicht weiter gehen und den Eingreifenden von der Ersatzverpflichtung befreien.

Es kann aber schliesslich die Weigerung und der Widerstand des Notpflichtigen von Erfolg begleitet sein, so dass der Vater hilflos umkehren muss und das Kind stirbt. Dann muss der hartherzige Eigentümer für den Tod des Kindes, den er ja voraussehen musste, direkt verantwortlich gemacht werden.

Alle diese segensreichen Konsequenzen sind erst eine Folge des B.-G.-B. Solange kein Notrecht existierte, musste man den Widerstand desjenigen, in dessen Rechtssphäre man eingriff, ruhig hinnehmen, war derselbe ja vollgültige Notwehr, gegen die Notwehr nicht wieder zulässig ist. Das in § 54 gewährte Privileg war also unter Umständen für den damit Begabten wertlos. Hätte z. B. in dem erwähnten Falle der Hausapothekenbesitzer die Herausgabe verweigert, so hätte der Vater entweder auf die Rettung Verzicht leisten oder sich eines strafbaren Vergehens schuldig machen müssen. Wäre das Kind infolge der Weigerung gestorben, so hätte man zwar die Tat des Arzneieigentümers für höchst verwerflich angesehen, vom Strafrichter jedoch wäre sie unangefochten geblieben, da sie als rechtswidrig nicht bezeichnet werden durfte.

Von verschiedenen Seiten wird nun die Notwendigkeit der Verwirklichung des Notrechtes mittels einer Selbsthilfehandlung entschieden bestritten. Man sagt, es sei nicht erforderlich, um die Berechtigung zum direkten Eingriff auf die Sache zu erweisen, erst die Bestimmung des § 229 heranzuziehen, da § 904 schon an

sich dieses Recht gewähre. § 904 gebe ein dingliches Recht, die betreffende Sache zu gebrauchen, die Sache sei gleichsam damit behaftet. Wir können uns nicht dazu verstehen, die Richtigkeit solcher Darlegung anzuerkennen. Weder deutet der Wortlaut der Gesetzesvorschrift auf diese Auslegung hin, noch lässt sich letztere mit der vernünftigen Absicht der Gesetzgeber vereinbaren. Nicht heisst es, der Gefährdete ist berechtigt, einzugreifen, sondern das Gesetz legt lediglich dem Eigentümer der Sache die Verpflichtung auf, den Eingriff zu dulden: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung zu verbieten.“ Wenn wir aus diesen Vorschriften oben auch ein Notrecht abstrahiert haben, so wollen wir das lediglich als ein Recht auf Duldung der Einwirkung seitens des Eigentümers verstanden wissen, niemals aber als ein Recht, direkt den Eingriff vorzunehmen. Die Bestimmung ist ja auch nicht gegeben in der Rubrik, die sich mit den Notlagen im allgemeinen beschäftigt, also in dem Kapitel des Allg. Teils, das die Ueberschrift trägt „Selbsthilfe und Selbstverteidigung,“ sondern bei der Erörterung der Beschränkungen des Eigentums.

Freilich darf hier das Wort „Eigentümer“ nicht zu eng aufgefasst werden. Die Verpflichtung zur Duldung des Eingriffes soll ebenso wie dem Eigentümer jedem dinglich Berechtigten, also z. B. auch dem Besitzer auferlegt werden. Es bestand darüber bei den Gesetzgebern kein Zweifel und auch die Kommentatoren sind in diesem Punkte vollständig einig.[1])

Gegen die Möglichkeit, das Notrecht überhaupt gegenüber dem widerstrebenden Willen des Eigentümers geltend zu machen, wendet sich endlich *Cosack*.[2])

„§ 904 gebe einer in Gefahr geratenen Person und einem hilfsbereiten Dritten ein Recht, zur Abwendung der Gefahr auf fremde Sachen einzuwirken, also auch diese Sachen zu beschädigen oder zu zerstören, keineswegs aber sage er, dieses Notrecht dürfe auch mittels verbotener Eigenmacht gegen den Besitzer der Sache ausgeübt werden. Wenn der Gesetzgeber auch das Recht der Eigenmacht hätte verleihen wollen, so hätte er den § 904 sicher in den der Selbsthilfe oder dem Besitze gewidmeten Abschnitt

[1]) Vergl. Prot. S. 8522, Weyl 181, Dernburg S. 226, 99, Endemann S. 380.

[2]) Cosack, S. 276.

des B.-G.-B. gestellt. Man habe auch jedenfalls den häufigen Fall erwogen, dass der Besitzer der Sache einerseits und der angeblich Gefährdete oder der hilfsbereite Dritte andererseits über das Vorhandensein und die Dringlichkeit der Gefahr verschiedener Meinung seien; sollte das Gesetz es dann gestatten, dass der Gefährdete und der Dritte die Richtigkeit ihrer Meinung gegen den Besitzer im Wege des Faustkampfes erhärten und wenn es nicht anders gehe, den Besitzer töten dürften."

Dass diese Ausführungen gerade stichhaltig sind, kann nicht behauptet werden. Man wird sich immer der Konsequenzen bewusst sein, die sich aus die Ansicht *Cosacks* ergeben. In einer grossen Anzahl von Fällen wird die Absicht der Rechtsordnung durch die Weigerung des Notverpflichteten einfach vereitelt. Wenn die Rechtsordnung dem Gefährdeten oder überhaupt jemandem ein subjektives Recht verleiht, so muss sie ihm auch die Mittel an die Hand geben, von diesem Rechte jederzeit Gebrauch machen zu können. Genügt der jedem Rechte gewährte und von den Staatsbehörden, den Gerichten, auszuübende Schutz hiezu nicht, so müssen andere Befugnisse verleihen sein. Es kann dies in unserem Falle nur in der Zuerkennung des Rechtes der Eigenmacht, der Selbsthilfe geschehen.

§ 18.

Die Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Notstandshandlungen.

I) Die gegenwärtige Gefahr.

Es mag nun Gegenstand der Untersuchung sein, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, wenn die Notstandshandlung eine rechtmässige sein soll. In erster Linie ist da das Vorliegen einer Gefahr und zwar einer gegenwärtigen Gefahr in Erwähnung zu bringen. Selbstverständlich ist diese Bedingung nicht erst vom B.-G.-B. den Notstandsvoraussetzungen einverleibt; sie ist vielmehr ein essentiale des Notstands, ohne dessen Vorhandensein von Notstand nicht gesprochen werden kann. Wir haben infolgedessen auch bei der Besprechung des Notstandsrechtes des R.-St.-G.-B. von einer ausführlichen Behandlung abgesehen, hier können wir jedoch aus manchen Gründen auf dieselbe nicht verzichten.

Weder das St.-G.-B. noch das B.-G.-B., denen der Begriff „Gefahr“ in gleicher Weise geläufig ist, haben eine Erläuterung desselben gegeben. Im allgemeinen versteht man, wie *Rohland*[1]) ausführt, unter Gefahr einen Zustand, in welchem ein schädliches Ereignis für eine Person oder Sache in Aussicht steht. Gleichgültig ist es an und für sich für die Gefahr, welches Rechtsgut durch sie bedroht wird, alle Rechtsgüter können gefährdet werden, also das Leben, die Gesundheit, die Ehre, die Freiheit, das Vermögen u. s. w. In dem Worte Gefahr liegt auch noch keine Beschränkung; auch das wertloseste Gut kann einer Gefahr ausgesetzt werden. Schliesslich ist auch die Quelle der Gefahr für ihren Begriff gleichgültig. Die Gefahr kann entstehen durch Zufall, durch eine Naturkraft, durch eine Sache, durch ein Tier, aber auch durch den rechtswidrigen Angriff eines Menschen. Doch wir haben uns hier nicht mit dem Begriffe der Gefahr im allgemeinen zu beschäftigen, sondern mit der Gefahr, die zu den Erfordernissen der §§ 228 und 904 B.-G.-B. gehört. Dieser müssen allerdings einige nicht in ihrem eigentlichen Begriff gegebene Schranken gesetzt werden. So genügt es vor allem für diese Gefahr nicht, dass durch sie nur ein Rechtsgut überhaupt, gleichgültig welchen Wert es repräsentiert, bedroht ist. Vielmehr muss das schädliche Ereignis ein ganz bedeutendes, ein so gewichtiges sein, dass es eine Notlage herbeizuführen im stande ist, und daraus folgt, dass das bedrohte Gut von einigem Werte sein muss. Es würde z. B. noch keine den Notstand begründende Gefahr vorliegen, wenn in dem vom Reichsgerichte am 12. Okt. 1881 abgeurteilten Falle der Kapitän, dessen Anker in das Telegraphenkabel verwickelt war, durch die Nichtvornahme der Gewalthandlung lediglich die Ankunft seines Schiffes verzögert hätte; wohl aber lag er vor bei dem dem Reichsgerichte gegebenen Tatbestande, wo ein Entwirren überhaupt nicht mehr möglich war und dem Kapitän nur übrig blieb, entweder das Kabel zu zerschneiden oder das Schiff dem Untergang zu weihen. Auch das wäre, wie *Merkel* und *Titze* richtig bemerken, keine eine Notstandshandlung rechtfertigende Gefahr, wenn eine Taube auf einem Saatfelde sich niederliesse, mögen ihr auch dabei einige Körner zum Opfer fallen.

---

[1]) **Rohland, Die Gefahr im Strafrecht.**

So geht das sächsische B.-G.-B.,[1]) wie die Motive[2]) richtig ausführen, in § 183 zu weit, wenn es die Beschädigung oder Vernichtung einer fremden Sache schon dann gestattet, wenn diese den Gebrauch einer Sache auch nur hindert.

Wenn nun zuzugeben ist, dass dieses Erfordernis, dass die Gefahr eine bedeutende ist, beim eigentlichen Notstandsparagraphen, dem § 904 stärker hervortreten muss, so ist es doch auch, obwohl wir den § 228 als eine Analogie zur Notwehr ansehen, bei diesem zu verlangen. Denn trotz seiner Charakterisierung als Unterart der Notwehr hat er als Bedingung seiner Anwendung eine gewisse Verhältnismässigkeit auferlegt erhalten, und aus jener, die bei § 904 ebenfalls in verschärftem Masse auftritt, allein folgt das erwähnte Erfordernis.

Für den Notstand genügt es aber weiter auch nicht, dass überhaupt eine Gefahr vorliegt, sondern diese muss eine gegenwärtig drohende sein, d. h. das Ereignis, das den Betreffenden in eine Notlage zu versetzen geeignet ist, muss unmittelbar bevorstehen und sein Eintritt muss mit grosser Wahrscheinlichkeit in allernächster Zeit erwartet werden können; das Uebel darf weder als abgeschlossene Tatsache bereits eingetreten und seine Wirkungen erzeugt haben, noch erst in Zukunft bevorstehen. Denn in letzterem Falle wären ja meistens noch andere Mittel gegeben, es abzuwenden, ohne dass der Gefährdete fremdes Eigentum in Mitleidenschaft zu ziehen braucht. Allgemeine Vorschriften über den Zeitpunkt, in dem die Gefahr aufhört, eine drohende zu sein und anfängt, einzutreten, lassen sich natürlich nicht geben; es werden immer die konkreten Verhältnisse massgebend sein. Es kann z. B. vorkommen, dass beide Arten von Gefahren derart zusammenfallen, dass auch eine bereits eingetretene Gefahr noch den Charakter einer drohenden haben kann. Dies ist der Fall, wenn zu befürchten steht, dass sich das Ereignis wiederholt und von neuem einen beträchtlichen Schaden zufügt. Dann ist natürlich der Gefährdete berechtigt, auch die Wiederholung durch eine Notstandshandlung abzuwenden.

---

[1]) § 183. Fremde Sachen, welche einer eigenen Sache Schaden zufügen oder derselben Gefahr drohen oder ihren Gebrauch hindern, kann man zur Abwendung dieser Nachteile entfernen und, soweit nötig, selbst beschädigeu oder zerstören.

[2]) 1, 851.

Wenn nun aber auch das Rechtsgut, das bedroht wird, von der verschiedensten Art sein kann, wenn es unter Umständen sogar durch eine obligatorische Berechtigung ersetzt werden kann, eines muss unbedingt gefordert werden, dass es schon vorhanden ist. Mit anderen Worten, die Gefahr muss in einem drohenden damnum emergens bestehen, die Befürchtung eines Gewinnentganges, die Aussicht auf ein lucrum cessans kann nicht genügen, dem von ihm zu Treffenden ein Notrecht zu verleihen. Anderer Meinung sind *Titze*[1]) und *Gentsch*.[2]) Sie halten auch für den letzteren Fall eine Gefahr begründet und *Titze* stützt seine Ansicht auf die ganz formale Bemerkung, dass sich aus den Worten des Gesetzes keine Beschränkung in dieser Hinsicht ergebe. Er knüpft allerdings noch die Bedingung an, dass schon eine bedeutende Wertrelation zwischen Gewinn und Schaden bestehen müsse; allein selbst mit dieser Beschränkung sprechen gegen seine Ansicht die ernstesten Bedenken. Zunächst kann der Begriff des Wortes „Gefahr“ nicht so weit ausgedehnt werden, dass man sagen kann: „Eine Gefahr droht,“ wenn man nur nicht die Möglichkeit hat, einen Gewinn zu machen. Ausserdem ist das nach § 228 und 904 gegebene Recht doch von zu grossen Wirkungen begleitet, dass es nicht schon verliehen werden darf für eine blosse Möglichkeit, für einen ganz unbestimmten Vorteil. Es wäre ja geradezu eine Ungerechtigkeit, wollte man es zulassen, dass auf der einen Seite nicht nur der Bestand der Rechtsgüter ungeschmälert erhalten bleibt, sondern vermehrt, auf der andern Seite gänzlich Unbeteiligten eine Schädigung verursacht wird.

Man bedenke nur die Konsequenzen der *Titze*'schen Ansicht.

Man wäre z. B. berechtigt, gegen den Willen eines Fuhrwerksbesitzers dessen Wagen in Benützung zu nehmen, wenn allein dadurch die Bahnstation rechtzeitig erreicht werden kann und von dem pünktlichen Eintreffen mit der Eisenbahn die Erzielung eines grossen Geldgewinnes abhängt; der Arbitrageur wäre befugt, Pferde gegen den Willen ihres Eigentümers seinen Beauftragten zu stellen, wenn nur dadurch seine Order, die ihn zweifellos zum reichen Manne macht, noch rechtzeitig befolgt werden kann.

---

[1]) cit. S. 102.

[2]) Gentsch S. 39.

Soweit darf das Recht nicht entgegenkommen; kein Interesse hat es daran, dass jene einen Gewinn machen; sein Interesse verlangt hier allein, dass seine Satzungen unangetastet bleiben.

Man wird weiter daran festhalten müssen, dass es sich immer um die Gefahr von Rechtsgütern handeln muss. Damit erledigt sich von selbst die von *Titze* aufgeworfene Frage, ob die Gefahr, einen Eisenbahnzug zu versäumen, genügt, einen andern zu zwingen, ihn in seinem Wagen mitzunehmen. Hängt von dem rechtzeitigen Erreichen des Zuges der Eintritt oder Nichteintritt eines Uebels, das den Notstand rechtfertigt, z. B. die Erhaltung oder Vernichtung eines Menschenlebens ab, so kommt das Erreichen des Zuges nur als Zwischenstufe in Betracht; jene Gefahr allein begründet das Notrecht.

Gleichgültig ist für den Begriff der Gefahr auch ihre Quelle. Als solche ist zu nennen der Angriff eines Tieres, eine Naturkraft, eine Sache oder die Drohung eines Menschen. Der rechtswidrige Eingriff des Menschen erzeugt die Notwehr, unter Umständen, wie wir in der Einleitung dieser Abhandlung gesehen haben, auch Notstand. Alle übrigen Quellen der Gefahr — wir werden später noch einmal darauf Zurückkommen — erzeugen gleichmässig Notstand. Die mit Recht getadelte Unterscheidung, die das R.-St.-G.-B. vornimmt (§ 52 und § 54) ist fallen gelassen worden, denn ob eine Naturkraft die Gefahr herbeiführt oder ob sie dem Notstandstäter durch die Drohung eines Menschen bevorsteht, muss für die Beurteilung der Lage gleich sein.[1])

Ein anderes Moment dagegen wird von grösster Bedeutung. Zwar leitet sich von seinem Vorhandensein oder Fehlen keineswegs die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung ab. Allein einerseits stellt sich das Erfordernis eines gewissen Verhältnisses zwischen dem drohenden und dem anzurichtenden Schaden anders in dem einen und dem andern Falle dar, andererseits wird die Bejahung oder Verneinung der Schadensersatzpflicht davon abhängig gemacht. Wir meinen den Unterschied, der durch die gesonderte Behandlung in zwei Paragraphen, den §§ 228 und 904 B.-G.-B., in den Paragraphen über die Selbstverteidigung

---

[1]) Hölder. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 39, Seite 152; ebenso Matthias 273, Titze 102 ff.

gegen Sachen, und den über den eigentlichen Notstand, kenntlich gemacht ist.[1]) § 228 soll dann Anwendung finden, wenn die Notstandshandlung in der Zerstörung der Sache selbst bestand, durch welche die Gefahr drohte. § 904 dagegen wird den Massstab der Beurteilung bilden, wenn die bevorstehende Bedrängnis durch irgend einen Umstand verursacht wurde und zur Abwehr auf ein fremdes Gut eingewirkt werden musste. In der Regel wird sich in concreto der Unterschied zwischen beiden Situationen leicht ergeben; es können jedoch die Grenzen sich auch so verwischen, dass es ganz genauer Ueberlegung bedarf, um die Handlung richtig einem der beiden Paragraphen zu unterstellen. Denn keineswegs wird man immer einig sein, ob man behaupten könne, dass durch eine Sache eine Gefahr drohe. Wir brauchen nur einen Blick auf die bis jetzt erschienene Literatur zum B.-G.-B. zu werfen und wir werden eine grosse Meinungsverschiedenheit über die zu ziehende Grenze wahrnehmen. *Liszt*[2]) z. B. behauptet, man müsse, wenn man von einer drohenden Sache spreche, sich wenigstens im Bilde die Sache als angreifend vorstellen können, und wir glauben nicht fehlzugehen, wenn wir annehmen, dass dies auch die Ansicht des oder der Verfasser des § 228 gewesen ist. Man wollte nach den Motiven, nach den Verhandlungen, nach den Reden der Kommissionsmitglieder offenbar eine Analogie zu § 227, zur „Notwehr“ schaffen und vermied es nur deshalb, die gleichen Worte wie dort anzuwenden, weil man nicht gut von einem Angriff einer Sache sprechen kann, da man mit dem Worte „Angriff“ ein Subjekt zu verbinden pflegt. Allein es ist jene Ansicht, wie *Endemann* bemerkt, eine Spitzfindigkeit, die nur die Rechtsauslegung mit ganz unnötigen Schwierigkeiten belastet, und es gilt, sie für die Praxis möglichst unschädlich zu machen. Lässt man also die Meinung der Motive und aller an der Redaktion des Gesetzes Beteiligten bei Seite — sie muss ja noch lange nicht die Meinung des Gesetzes selbst sein — und vergegenwärtigt man sich nur den Wortlaut des Gesetzes „drohen“, so wird man zur Ueberzeugung kommen, dass derselbe nicht mit „angreifen“ identisch zu sein braucht. Er kann ebensogut den Zustand der Ruhe einer Sache oder ihr blosses Vorhandensein,

---

[1]) siehe § 44 A. 4.

[2]) S. 91, Deliktsobl.

ihre Beschaffenheit oder ihre Lage decken, wenn dadurch schon eine Gefahr, eine Schädigung herbeigeführt werden kann.[1]) Der Grund, weshalb man in § 228 von einem Schadenersatz an den Eigentümer der die Gefahr bildenden Sache absieht, ist ganz der gleiche, mag letztere sich in einer Angriffsstellung befinden oder mag nur ihr Vorhandensein oder Zustand den Eintritt der Gefahr befürchten lassen. Und da der Wortlaut keine Handhabe für die Entscheidung zu geben im stande ist, muss unbedingt auf diese ratio, aus welcher heraus das Gesetz in den besonderen Fällen, die es durch § 228 treffen will, die Ersatzlosigkeit festsetzen will, zurückgegangen werden. Da würde es denn als eine Ungerechtigkeit erscheinen, wenn man nur dann dem Eigentümer der Sache den Anspruch auf Schadensersatz nimmt, wenn dieselbe wirklich angreift, andernfalls ihn auf Grund des § 904 zuerkennt. Die Ersatzpflicht muss ja überall dann wegfallen, wenn der in Selbstverteidigung Handelnde sich vor einem Schaden schützt, den der Eigentümer der drohenden Sache hätte ersetzen müssen. Die Schadensersatzpflicht wird unangemessen erscheinen, sobald das Unglück einsetzt in dem Vermögens- und Interessenkreise des durch die Abwendung Geschädigten. Es genügt daher zum Beweise des Drohens im Sinne des § 228 völlig, dass sich z. B. ein fremdes rotzkrankes Pferd in meinem Stalle befindet, dass in dem Nachbaranwesen ein baufälliges Gebäude existiert, das meine Anlagen im Falle seines Einsturzes vernichtet, dass eine fremde Ankerkette sich in die Maschinenräder eines Schiffes verwickelt. Man ist, ohne Ersatz leisten zu müssen, berechtigt, das Pferd aus dem Stalle zu entfernen oder es zu töten, das Einreissen des Gebäudes zu verlangen oder es selbst niederzulegen und die Ankerkette zu zerreissen. In allen diesen Fällen liegt kein Angriff der Sache vor, denn sie befindet sich in Ruhe und es wäre infolgedessen nach *Liszt* nur § 904 mit Statuierung einer Schadensersatzpflicht anzuwenden. Man wird jedoch am besten so interpretieren: Eine Gefahr droht durch eine Sache, wenn nur diese die Ursache der gefahrvollen Lage setzt. Ueberall dagegen, wo nicht nur die fremde Sache die Ursache der Gefahr bildet, greift § 904 Platz.[2])

---

[1]) ebenso Pretsch, Haenle S. 20.

[2]) Ebenso Endemann, S. 375; Rümelin S. 94.

Sehr deutlich lässt sich dieser Satz auch an zwei Beispielen illustrieren, die oftmals bei der Erläuterung des Notstandsrechtes gebraucht werden und gerade wegen ihrer Aehnlichkeit miteinander ganz besonders hiefür geeignet scheinen. Niemand wird daran zweifeln, dass der Eigentümer eines Hauses nach dem B.-G.-B. berechtigt ist, das Nachbarhaus einzureissen, wenn er dadurch einen Brandschaden von seinem eigenen Haus abwenden kann. Dabei ist aber wohl darauf zu achten, ob ihm diese Berechtigung seitens des § 228 oder des § 904 verliehen ist. Folgendermassen ist u. E. zu entscheiden. Brennt das Nachbarhaus selbst, so bildet es durch seinen Zustand eine drohende Gefahr nach § 228. Das Unglück hat bei ihm eingesetzt, sein Eigentümer erscheint als der vom Unglück Gezeichnete, er hat auch den Schaden zu tragen. Brennt dagegen nur das übernächste Haus und wird das Nachbarhaus eingerissen, so hat der Unglücksfall den Nachbarn selbst nicht berührt. Es ist der Fall des § 904 gegeben — die Verhältnismässigkeit ist insofern vorhanden, als ohne Eingreifen sowohl das jetzt vernichtete als das jetzt gerettete Haus ein Raub der Flammen geworden wäre — und der Notstandstäter hat den Schaden zu ersetzen. Hier hat das Unglück nicht bei dem Nachbarn eingesetzt, das Nachbarhaus hat keine Gefahr verursacht.[1])

Die Auffassung *Hölders* endlich bezüglich der Anwendung des § 228 geht unbedingt zu weit, wenn er ausführt, eine durch eine Sache drohende Gefahr liege auch dann vor, wenn die Gefahr ihren Grund habe in der Eigenschaft der Sache als einer solchen, die einer vermittelst derselben eine andere Person gefährdenden Person zu Gebote stehe. Hier findet nicht der § 228 Anwendung, sondern der Notwehrparagraph, da die Quelle der abzuwehrenden Beschädigung nicht in der Sache selbst, sondern in der Tätigkeit eines Menschen liegt, der sich ihrer bedient.

Schliesslich noch einige Worte über den Begriff „Sache“. Nach § 90 B.-G.-B. sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände, das sind die im Raum befindlichen Dinge, die festen, die flüssigen und gasförmigen Körper; nicht dagegen sind zu den Sachen zn rechnen Forderungen und Rechte, die Bewegungen

---

[1]) Wie wir für solche Fälle eine Schadensersatzverteilung statuieren, darüber vgl. später.

des Stoffes und die Sachgesamtheiten. Gleichgiltig ist, welcher Art die Sache ist, ob sie beweglich oder unbeweglich, selbstständig oder Bestandteil einer andern Sache, vertretbar oder unvertretbar, verbrauchbar und unverbrauchbar, leblos oder lebend ist. Also auch die Gefährdung durch Tiere gehört unzweifelhaft hieher. Die Motive heben von den Tieren ausdrücklich die Tauben und die Bienen hervor und lassen ungeachtet der Einwendungen der Bienenzüchter die Bestimmung des § 228 auf sie Anwendung finden.

Das B.-G.-B. lässt auch, wie aus dem A. 69 des Einf.-Ges. hervorgeht, die Vorschrift des allgemeinen Landrechts in Kraft, dass gegen Anfälle durch wilde Tiere, Hirsche, Schweine und anderes Wild sich jeder selbst durch Tötung derselben schützen darf.

An und für sich fände der § 228 auch auf jagdbares Wild Anwendung; allein nach dem eben angezogenen A. 69 sowie A. 32 Einf.-Ges. kommen auch weiterhin die Vorschriften der bestehenden Reichs- und hauptsächlich der Landesjagdpolizeigesetze zur Anwendung, die regelmässig das Töten des Wildes zur Abwehr von Wildschaden nicht oder nur mit Ermächtigung der zuständigen Behörde gestatten.[1]) Ausserdem hat das B.-G.-B. die Frage des Wildschadens eingehend geregelt.

Auf Vieh schliesslich, das nach den Landesgesetzen, die durch A. 89 E. G. aufrecht erhalten wurden, der Pfändung unterliegt, findet ebenfalls § 228 Anwendung. Es wird jedoch in den meisten Fällen eine Tötung zur Abwehr von Schaden nicht erforderlich sein.

Die Frage, ob auch beim Angriff Unzurechnungsfähiger die Notstandslage nach § 228 gegeben sei oder ob hiebei die Bestimmung über die Notwehr in Anwendung komme, haben wir bereits in der Einleitung zu der ganzen Abhandlung erörtert und können hierauf verweisen. Nur die Konsequenzen, die aus der dort für das Bürgerliche Recht getroffenen Entscheidung sich ergeben, sollen hier Besprechung finden.

---

[1]) Vgl. z. B. Preussisches Jagdpolizeiges. v. 7. III. 50, § 23 und Preussisches Wildschadensges. v. 11. VII. 91, § 16.

Ein hier einschlägiges Urteil aus der jüngsten Zeit (bayr. oberstes Landesgericht 31. Mai 1902) sei zitiert: das Reichsges. v. 22. März 1888 ist durch § 228 nicht aufgehoben. (A 32 E.-G.) Nicht-Raubvögel dürfen nicht geschossen werden, auch zur Schadensabwehr nicht, ausser mit Genehmigung der Polizeibehörde. (§ 5 Abs. 2.)

Wir haben gesehen, dass der § 228 B.-G.-B., der ausdrücklich nur von gefahrdrohenden Sachen spricht und gegen sie Notstandshandlungen gestattet, zwar unmittelbar auf unzurechnungsfähige Personen nicht anwendungsfähig ist; wir haben aber von der in den Motiven gegebenen Erlaubnis Gebrauch gemacht und eine analoge Anwendung für geboten erklärt. Nur so scheint uns ein der Billigkeit entsprechendes Resultat erzielt zu werden. Macht ein Unzurechnungsfähiger einen Angriff, so wird man ihn nicht gleich niederstrecken, sondern wird sehen, ob man dem Angriff nicht auf andere Weise entgehen kann. Man wird sich weiter überlegen, ob der anzurichtende Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht, und erst wenn sich diese Tatsache als nicht vorhanden gezeigt hat, wird man zur Verletzung schreiten. Hat endlich der Angegriffene den Angriff des Unzurechnungsfähigen selbst verschuldet, so ist er für den bei der Verteidigung angerichteten Schaden unter allen Umständen ersatzpflichtig. Alle diese Folgen entsprechen durchaus der Billigkeit und Gerechtigkeit.[1])

Auch die Frage verdient hier noch Erörterung, ob unter Sachen nach § 228 nur solche gemeint seien, die auch Gegenstand von Privatrechten sein können oder ob eine Abwehr gegen res communes ebenfalls zulässig ist. Diese Frage wird wohl unter den Juristen keine Meinungsverschiedenheit hervorrufen. Das B.-G.-B. erstreckt sich lediglich auf die ersterwähnte Art von Sachen; die Sachen, die der menschlichen Einzelherrschaft entzogen sind, wie fliessendes Wasser, die Luft etc. sie unterliegen auch nicht der Regelung des B.-G.-B. Gegen sie ist § 228 nicht anwendbar.

Anders verhält es sich dagegen mit denjenigen Sachen, die durch ihre augenblickliche Zweckbestimmung zwar dem bürgerlich rechtlichen Verkehre entzogen sind, die aber im übrigen dennoch Gegenstände des Privateigentums sind. Wir meinen damit die dem öffentlichen Gebrauch gewidmeten Gegenstände, wie Strassen, Plätze, öffentliche Gebäude u. s. w. Auch hier dürfte die Anwendbarkeit des § 228 zweifellos sein und nicht deshalb etwa ausgeschlossen sein, weil öffentliche Rechte entgegenstehen.

Als ein dem Begriffe des Notstandes immanentes Erfordernis haben wir schon bei der Betrachtung des Rechtes des R.-St.-G.

---

[1]) Ebenso **Schollmeyer**, das Recht der Notwehr S. 21.

bezeichnet, dass die Gefahr eine gegenwärtige sei. Wir haben schon dort ausgeführt, dass sonst von einer Kollision keine Rede sein könne. Wir können uns deshalb hier beim B.-G.-B., das selbstverständlich dieses Erfordernis ebenfalls stellt, kurz fassen. Es könnte vielleicht der Zweifel auftauchen, dass § 228 die Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht verlangt, weil er es mit ausdrücklichen Worten auszusprechen unterlässt, während das Wort „gegenwärtig" in § 904 zu finden ist. Allein es hiesse das Notstands- und das Notwehrrecht, das doch zu immerhin nicht unbedeutenden Schädigungen führen kann, über Gebühr ausdehnen, wollte man von der Gegenwärtigkeit der Gefahr absehen. Ausserdem scheint schon der Ausdruck „erforderlich" die Gegenwärtigkeit mit zu enthalten, und sie ist, wie gesagt, mit dem Notstands- und dem Notwehrbegriffe unauflöslich verbunden.[1])

Endlich ist darauf hinzuweisen, das die Gefahr, die durch die Sache droht, dem Gefährdeten gegenüber objektiv rechtswidrig erscheint. Sie darf sich nicht darstellen als ein rechtlich begründeter Zustand, den der Gefährdete zu erdulden hat.

§ 19.

Die Verhältnismässigkeit.

Wir kommen nun zu einem der wichtigsten Erfordernisse der Rechtmässigkeit der Notstandshandlung, das man wohl als die Grundlage des ganzen Notstandsrechtes des B.-G.-B. bezeichnen kann. Während das R.-St.-G.-B., wie wir gesehen, jede Handlung deckt, die zur Rettung von Leib und Leben vorgenommen wird, verlangt das B.-G.-B., dass der Schaden, der durch die Notstandshandlung angerichtet wird, in einem gewissen Verhältnisse steht. Wir können dieses Erfordernis nur verstehen, wenn wir auf das der ganzen Notstandsregelung seitens des B.-G.-B. zu grunde liegende Prinzip näher eingehen. Es ist dies kurz zu bezeichnen als das Prinzip des überwiegenden Interesses.

Für das Civilrecht kann bei der Abgrenzung der Rechtssphären und für die Entscheidung in Kollisionen zwischen den berechtigten Interessen verschiedener Personen nicht der für das Strafrecht

---

[1]) ebenso Planck § 228, 1b Titze 104, Enneccerus § 144, Hachenburg, S. 74.

A. M. Fischer-Henle § 228 A. 4.

angewandte subjektive Massstab ausschlaggebend sein; nicht der Umstand, dass eines der in Betracht kommenden Subjekte durch die Nähe der Gefahr in seiner vollen Entschluss- und Ueberlegungsfreiheit beschränkt ist, nicht das Moment, dass die vor der Begehung einer Straftat warnende Stimme des Gesetzes in der Bedrängnis ungehört verhallen muss, darf die Norm abgeben, wenn es gilt, dem Gegner ihm zustehende Rechte auf sein Eigentum abzusprechen. Ein anderer Massstab muss also angelegt werden und dies kann allein ein objektiver sein.

Wie dieser gefunden wird, ist nicht schwer zu sagen, einen wirklich mit dem Namen „objektiv“ zu bezeichnenden Massstab kann allein die vergleichsweise Bewertung der kollidierenden Interessen ergeben. Sind die hiebei gefundenen Werte in ihrer Höhe verschieden, so erscheint es natürlich als wünschenswert, dass das grössere Interesse sich behaupte, sei es auch, wenn nicht anders möglich, auf Kosten des geringeren. Aber nicht allein der Wert der Güter, von denen eines geopfert werden muss, liefert ein richtiges Resultat, sondern die Abschätzung der verursachten, bezw. abgewendeten Schäden. Denn wenn nur der Wert der Güter in Betracht käme, so könnte es vorkommen, dass zur Abwendung einer ganz geringen und leicht heilbaren Schädigung eines wertvollen Gutes ein minder wertvoller Gegenstand der totalen Vernichtung anheimfallen würde. Dies entspricht aber keinesfalls der Gerechtigkeit.

So hat sich denn auch das B.-G.-B. dieser Wertvergleichung bedient, um dem Richter, um überhaupt jedem Rechtssubjekte eine praktische Handhabe für die Entscheidung, wann die Notstandshandluug rechtmässig ist, zu bieten. Während aber im allgemeinen sich die Erfordernisse, die das Gesetz für § 228 aufstellt, mit denen für § 904 decken, müssen wir hier einen durch den einem jeden der beiden Paragraphen zu grunde liegenden Gedanken gerechtfertigten Unterschied machen. Es ist zwar die sich zeigende Divergenz keineswegs von grosser Bedeutung, aber immerhin darf sie einige Beachtung beanspruchen. § 228 verlangt, dass der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht; § 904 dagegen fordert, dass der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Während also im § 228 den Mass-

stab der durch die Handlung verursachte Schaden bildet, ist es in § 904 der abgewendete Schaden, und wenn man den Unterschied der Verhältnisse dadurch deutlicher darstellen wollte, dass man beide Male die gleichen Worte anwendete, so müsste man den Inhalt der beiden Paragraphen folgendermassen wiedergeben.

Nach § 228 ist die Notstandshandlung rechtmässig, wenn der dem Eigentümer entstehende Schaden nicht unverhältnismässig gross ist gegenüber dem abgewendeten.

Nach § 904 dagegen, wenn der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehende unverhältnismässig gross ist.

Die beiden Paragraphen nehmen also in ihrer Ausdrucksweise einen zeitlich und örtlich verschiedenen Standpunkt ein. § 228 geht von dem Zeitpunkte nach der Ausübung des Rechts aus und taxiert das Verhältnis vom Standpunkte der Gefahr. § 904 betrachtet die Sachlage, wie sie sich darstellt, ehe die Notstandshandlung vorgenommen wurde.

Woher kommt nun dieser Unterschied? Erstreben doch beide Paragraphen dasselbe Resultat und kann man ja in beiden Fällen sagen, dass es sich darum handle, dass ein an sich widerrechtlicher Eingriff in fremde Sachen vom bürgerlichen Recht legalisiert wird, wenn ein höheres Interesse nur erhalten werden kann unter Aufopferung einer verhältnismässig minderwertigen fremden Sache.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte wird uns die Gründe für die Differenz der Paragraphen deutlich machen. Der § 228 sollte nichts anderes enthalten als die Anwendung des Grundsatzes der Notwehr auf die Angriffe von Sachen. Nun ist zwar der Notwehrhandlung keine Schranke hinsichtlich ihrer Ausübung gesetzt, und es wäre eine Folge der Analogie der Paragraphen der Selbstverteidigung gegen Sachen gewesen, auch bei letzterer von einer Abgrenzung abzusehen. Allein der bedenklichen Konsequenzen einer solchen Ausdehnung bewusst, wagten es die Gesetzgeber nicht, die Ausübung der in § 187 bezw. 228 geregelten Handlung ohne Mass zu gestatten. Man entschloss sich daher, die sich jetzt im Gesetze findende Einschränkung einzuführen und die Abwehrhandlung nur dann für rechtmässig zu erklären, wenn der hiedurch veranlasste Schaden nicht unverhältnismässig gross

ist gegenüber dem abzuwehrenden. Weiter in der Begrenzung zu gehen, glaubte man mit Recht, nicht nötig zu haben.

Ganz andere Erwägungen mussten die Gesetzgeber leiten, als sie später daran gingen, die Voraussetzungen festzulegen, die für die Zulässigkeit der Verletzung fremder Sachgüter, die sich nicht im Angriff gegen den Täter befanden, vorhanden sein mussten. Während oben in § 228 der Gedanke massgebend war, dass das Recht dem Unrechte nicht zu weichen brauche, standen sich hier Recht und Recht gegenüber, sollte hier ein neutrales Gut zu gunsten eines andern aufgeopfert werden. Gewichtige Gründe müssen wohl schon vorhanden sein, wenn die Rechtsordnung mit Bruch des Rechtsfriedens das ihr sonst unverletzliche fremde Eigentum angreifen und vernichten lässt, wenn sie diese Handlung sogar noch zu einer rechtmässigen stempelt. Von bedeutend grösserem Werte muss ihr die Erhaltung des gefährdeten Objektes sein als die Bewahrung des Rechtsfriedens, den sie sonst immer zu garantieren bestrebt ist. Das in § 228 aufgestellte Verhältnis konnte deshalb hier nicht mehr genügen; nur wenn der drohende Schaden unverhältnismässig gross ist gegenüber dem anzurichtenden, nur wenn eine verhältnismässig geringe Verletzung fremder Eigentumsobjekte den Inhalt der Handlung bildet, nur dann erscheint letztere rechtmässig.

Sobald also der dem Eigentümer der fremden Sache entstehende Schaden nur gerade so gross ist, wie der abzuwehrende, ist der Eingriff in neutrales Gut schon nicht mehr rechtmässig; mag er auch etwas grösser sein, so verliert er, wenn die Gefahr durch die Sache selbst drohte, doch nicht seine Rechtmässigkeit.

Dies ist die Unterscheidung, die wir zwischen den beiden Paragraphen vorzunehmen haben. Wir wollen die Anwendungsfälle derselben nun im einzelnen prüfen.

Dass das Gesetz nicht im stande ist, eine allgemeine Rangordnung der Güter aufzustellen, nach der sich jeder, dem es einmal obliegt, in einer Notstandslage eine Entscheidung zu treffen, blindlings richten darf, das ist eine Konsequenz der Unvollkommenheit alles menschlichen Wissens. Die Gesetze sind Menschenwerk und sind daher nicht befähigt, für jede der in unendlich mannigfaltiger Weise sich ergebenden Lebenslagen eine Norm zu schaffen. Man müsste es deshalb als einen der verfehltesten

Grundsätze eines Rechts betrachten, wollte das letztere versuchen, die freie richterliche Würdigung der Verhältnisse und Umstände einzuengen — man verwirft deshalb auch die Legaldefinitionen — und den Richter an enge Begrenzungen zu binden. So muss denn auch im Falle der Abschätzung der Werte kollidierender Interessen dem Richter ein weiter Spielraum gelassen werden.[1]) Zu weitgehend dagegen erscheint es uns, wenn *Tobler*[2]) überhaupt die Aufstellung eines objektiven Massstabs wegen der Schwierigkeiten, welche die Bestimmung des höheren Interesses im Einzelfall bieten kann, verwirft. Ein Blick auf das Strafrecht überzeugt uns, dass demselben der Gedanke einer Abschätzung der Werte der Interessen ein durchaus vertrauter ist. Ueberall zeigt sich in der Bestimmung der bald höheren, bald niederen Strafe seitens des Gesetzbuches der Wert, den die Rechtsordnung dem betreffenden verletzten Gut beizumessen für richtig erachtet. Freilich darf man darin nicht eine vollkommene Entscheidung für das Wertverhältnis erblicken.[3]) So ist man versucht, zu behaupten, dass die Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre in bedeutend höherem Werte stehen als die materiellen Interessen, die Vermögensgüter, und dass daher alle jene sich auf Kosten dieser ungestraft erhalten dürfen, sei es nach § 228, sei es nach § 904 und doch dürfte das wohl bloss für das Leben zutreffen. Das Leben als das höchste Gut, muss sich jederzeit gegenüber anderen Interessen retten, muss sich wenigstens jederzeit gegenüber Vermögensgütern erhalten können.

Schwierig dagegen gestaltet sich die Abschätzung in dem Konflikt der andern Güter unter einander und mit Vermögenswerten. Unversehrtheit des Körpers, Freiheit, Ehre u. s. w. lassen sich wohl keinen Platz in einer Wertskala anweisen. Die ver-

[1]) Ganz annehmbar erscheint z. B. die Fassung, welche Merkel S. 97 vorschlägt.

Wer in einem Notstand ein legitimes fremdes Interesse verletzt, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Verletzung desselben notwendig ist zur Wahrung eines im Sinne der geltenden Gesetze oder der im Leben herrschenden Wertanschauungen überwiegenden Interesses.

Ebenso ungefähr von Liszt, S. 128; Janka 216; Moriaud 277, Titze 106 ff.

Das B.-G.-B. hat diesen Text nicht gewählt; es kann aber kein Zweifel bestehen, dass es im Sinne mit dem Vorschlage übereinstimmt.

[2]) Tobler, S. 21 ff.

[3]) Das Schema, das Schaper (H. H. II, 183) z. B. aufstellt, ist nicht in allen Lagen richtig.

schiedensten Momente kommen für die Bewertung in Betracht, und eine leichte Körperverletzung kann manchmal als das geringere Uebel gegenüber einem empfindlichen Vermögensverlust erscheinen. Es wird immer auf die Umstände des Einzelfalls ankommen.[1]) In dem Momente der Gefahr hat der Betreffende selbst die Schäden gegen einander abzuwägen. Der Richter hat dann ex post unter Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände nach bestem Wissen und Gewissen die Rechtmässigkeit zu prüfen. Der einzelne wird ja immer geneigt sein, dem angeborenen Selbsterhaltungstriebe folgend, sein eigenes Interesse oder das des näher ihm Stehenden für das bedeutendere zu halten. Es kann aber lediglich darauf ankommen, ob dieses Werturteil nach Lage des Falles mit dem gesellschaftlichem Werturteil in Uebereinstimmung sich befunden hat und ob daher nach allgemein im Verkehr geltenden Anschauungen der Notstandshandlung die Rechtmässigkeit zuzubilligen ist.

Letztere Erwägung führt uns auch auf den richtigen Weg, wenn wir allgemein feststellen sollen, welche der verschiedenen Wertarten die Grundlage der Entscheidung abzugeben hat. Bei den Vermögensgütern gibt es nämlich einen Ideal- und einen Realwert, einen Affektions- und einen Verkehrswert. In Anbetracht dessen nun, dass die Notstandshandlung deshalb für rechtmässig erklärt wird, weil sie einem Interesse der Rechtsordnung entspricht, in Anbetracht also des sozialen Interesses leuchtet ein, dass der reine Affektionswert keine Berücksichtigung finden darf. Lediglich in Betracht zu kommen hat der Real- und zwar der Verkehrswert. Wie soll auch der Täter, bevor er die Notstandshandlung vornimmt, in Erfahrung bringen, welch hohen Wert der Eigentümer der Sache dieser, abgesehen von ihrem Verkehrswerte, beimisst. Was im gewöhnlichen Leben als das wertvollere angesehen zu werden pflegt, das steht auch der Rechtsordnung näher, und das darf sich auf Kosten des verhältnismässig minderwertigen erhalten. In Berücksichtigung des konkreten Falles kann es vorkommen, dass auch der Affektionswert unter Umständen in Betracht kommt, aber nur insofern er als Affektionswert eines grösseren Kreises von Personen tatsächlich zum Verkehrs-

---

[1]) Darüber ist die gesamte Literatur einig. Vgl. Stammler 77, Moriaud 307, Binding 767, von Buri 449, Merkel 75, Titze 106.

werte wird. Die Grundsätze des B.-G.-B. selbst nötigen uns diese Entscheidung auf. In § 253 ist bestimmt, dass wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden könne.[1]) Damit ist der Affektionswert einer Sache bei einer Wertvergleichung nach § 228 oder 904 aus der Schätzung gestrichen.[2]) In den Motiven[3]) ist auch ausdrücklich ausgesprochen, dass das sogenannte Affektionsinteresse oder der Wert der besonderen Vorliebe, bei dem nach dem B.-G.-B. zu leistenden Schadensersatz nicht berücksichtigt werden darf. Zu betonen wäre nochmals ganz besonders, dass nicht nur in Berücksichtigung zu ziehen ist der Wert der kollidierenden Güter, sondern die Grösse der Interessen der Rechtsordnung an der Verletzung bezw. Erhaltung der Güter. Nur mit dieser Erwägung kann man zu einer billigen Entscheidung kommen. So darf nicht, wie *Buri* in einem Beispiel aus den von ihm gerügten Ansichten schliessen will, A, um den Verlust von 2 Pfennig zu meiden, dem B 1 Pfennig rauben. Die Rechtsordnung ist wohl bestrebt, jedem seinen ungestörten Besitz zu garantieren und ist nicht erbaut davon, dass A auch nur einen ganz geringen Teil seines Vermögens verliert; um ihn davor zu behüten, darf sie aber doch nicht zugeben, dass einem anderen ein noch geringerer Betrag unter Bruch des Rechtsfriedens entrissen wird.[4]) Man hat also, um die Interessen in ihrem Werte festzustellen, auf der einen Seite den Wert des gefährdeten Gutes, bezw. die Differenz zwischen dem Werte des gesamten Eigentums vor der Gefahr und dem nach Eintritt der Gefahr auszurechnen und der gefundenen Zahl die Summe aus dem durch die Notstandshandlung angerichteten Schaden, (d. h.

---

[1]) Wenn ich, um ein wertvolles Manuscript zu retten, eine Katze, die gerade darüber ist, es zu unkenntlichen Fetzen zu verkleinern, erschlage, so habe ich nicht deshalb unrecht gehandelt, weil die Katze das Liebste ist, das eine alte Dame besessen hat. Ihr Verkehrswert ist dadurch nicht grösser geworden.

[2]) a. M. Planck, § 228, 1, c. (I, 282.) Nicht allein der gemeine Wert der beiden Güter kommt in Betracht. Der Bedrohte darf auch den Affektionswert in Anschlag bringen, den die bedrohte Sache für ihn hat.

[3]) Derselben Meinung wie oben: Matthias I, 345, Hölder II, 40, Endemann I, 560; Cosack I, 319.

[4]) Ebenso Matthias I, 343; Endemann I, 560; Cosack I, 319; Hölder II, 40.

der Differenz zwischen Wert des Gesamtvermögens vor der Notstandshandlung und dem nach Ausübung derselben) und der in eine konkrete Zahl umgesetzten Einbusse, welche die Rechtsordnung durch Begehung der verbotenen Handlung erlitten hat, gegenüberzustellen. Bezeichnet man die beiden gefundenen Werte mit a und b, so können sich folgende Gleichungen finden:

1) a=b.

Die Konsequenz dieser Gleichung ist dann folgende. Findet § 228 Anwendung, so ist die Notstandshandlung rechtmässig, denn sie ist nur dann unerlaubt, wenn der Schaden (b) ausser Verhältnis zu der Gefahr (a) steht. Nach § 904 dagegen wird die Notstandshandlung nicht gerechtfertigt, denn das tritt nur dann ein, wenn die Gefahr (a) unverhältnismässig gross ist gegenüber dem Schaden (b).

2) a > b.

α) a wenig grösser als b. Es gilt dasselbe wie bei 1.

β) a bedeutend grösser als b. Die Notstandshandlung ist nach beiden Paragraphen rechtmässig.

3) a < b.

α) a wenig kleiner als b. Es gilt dasselbe wie bei 1.

β) a bedeutend kleiner als b. Die Notstandshandlung ist nach beiden Paragraphen nicht rechtmässig.

Wir haben oben erwähnt, dass an die Stelle der gefährdeten, wie auch der zu verletzenden Sache die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Rechtspflicht treten kann. Oftmals glaubt man nun, dass diese Pflichtenkollisionen eine besondere Behandlung in Anspruch nehme. Wir müssen uns deshalb kurz mit diesem Falle beschäftigen und zwar mit den Kollisionsfällen, in denen auf der einen oder der anderen Seite eine positive Rechtspflicht in Betracht kommt. Da das B.-G.-B. nur dann Anwendung findet, wenn die Notstandshandlung in der Verletzung fremden Eigentums bestand, so ist das Thema der folgenden Erörterung streng vorgezeichnet. Keine Erwähnung an dieser Stelle kann der Fall finden, wo die positive Rechtspflicht zu gunsten des verletzten Interesses auferlegt ist, d. h. wo die Notstandshandlung lediglich in der Verletzung einer Pflicht besteht. Wohl zu erörtern dagegen ist die Kollision von Interessen und Pflicht, wenn letztere bestand zu gunsten des gefährdeten und dnrch die Notstandshandlung

geretteten Interesses. Der nach § 139 zur Anzeige Verpflichtete kann die Pflicht nur erfüllen dadurch, dass er über fremdes Eigentum seine Schritte lenkt. Hier ist offenbar das Interesse des Staates an der Erfüllung der Pflicht und der dadurch vereitelten Ausführung des Verbrechens grösser als das an der Unversehrtheit des Eigentums des betreffenden Grundbesitzers. Deshalb muss die Einwirkung auf das letztere als rechtmässig erscheinen.

Schliesslich haben wir uns nun, da unsere ganze Abhandlung doch hauptsächlich einen strafrechtlichen Charakter tragen soll, dem Strafrecht zuzuwenden. Aus den mehrfach erwähnten Grundsätzen über die accessorische Natur des Strafrechts und in Berücksichtigung der viel erörterten Konsequenzen, die eintreten würden, wenn man den Einfluss des B.-G.-B. auf das St.-G.-B. leugnete, ergibt sich, dass auch die Aufstellung des Erfordernisses der Verhältnismässigkeit nicht ohne Wirkung auf das Strafrecht bleiben konnte. Wenn das Verhältnis nach den Vorschriften des B.-G.-B. vorhanden ist, so ist die Handlung rechtmässig und damit straflos, mögen auch die Voraussetzungen des St.-G.-B. nicht alle gegeben sein. Es cessieren dann, da es sich lediglich um Eingriffe in fremdes Vermögen handelt, die §§ 123, 242, 246, 303 R.-St.-G.-B. Wo dagegen das verletzte Interesse gegenüber dem gefährdeten das bedeutend geringere war, kann die Handlung wohl, wenn sie die Bedingungen des § 54 R.-St.-G.-B. erfüllt, straflos sein; das B.-G.-B. stempelt sie nicht zu einer rechtmässigen.

§ 20.

Die übrigen Erfordernisse.

Eigentlich erscheint es überflüssig, den übrigen Erfordernissen für die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung noch einen Paragraphen zu widmen, da sie bereits in der Darstellung des Notstandsrechtes des R.-St.-G.-B. hinlänglich besprochen wurden und sich auch beim B.-G.-B. in genau derselben Weise vorfinden. Um jedoch jedem Missverständnis, als wäre ihr Vorhandensein hier nicht gefordert, vorzubeugen, mögen einige Worte über sie an dieser Stelle nicht fehlen.

Da es immerhin eine weitgehende Bedeutung hat, dass man ungestraft und rechtmässig in neutrales fremdes Eigentum eingreifen darf, so müssen die Voraussetzungen hiefür eng begrenzt

sein. Es darf das Notrecht nur gewährt werden, wenn die Gefahr auf keine andere Weise als durch die Einwirkung auf fremde Sachen beseitigt werden kann. So lange der Bedrängte im stande ist, seiner Not dadurch ein Ende zu machen, dass er eigenes Rechtsgut opfert, das einen geringeren, gleichen oder wenigstens nicht bedeutend höheren Wert repräsentiert, als das, gegen das er vorzugehen sich anschickt, ist er selbstverständlich verpflichtet, das eigene Gut zu opfern. Denn es muss jederzeit auch das moralische Interesse der Rechtsordnung an den ungestörten Rechtsfrieden in Betracht gezogen werden. Wir werden später noch darauf zurück kommen.

Es kommt auch, wie wir bereits im Strafrecht ausgeführt haben, nicht allein darauf an, dass die Notstandshandlung wirklich objektiv den einzigen Rettungsweg bildete, sondern es genügt, dass ihn der Gefährdete ohne Schuld für den einzigen halten konnte und durfte.

Die Notstandshandlung muss also zur Rettung des gefährdeten Gutes notwendig sein; sie muss den einzigen Ausweg, der Gefahr zu entgehen bilden; sie muss aber auch tauglich sein, die Bedrängnis abzuwenden.

§ 21.

Das Moment der Verschuldung.

Das B.-G.-B. hat, wie wir in der Entstehungsgeschichte gesehen haben, in seine Notstandsparagraphen das Erfordernis, welches das St.-G.-B. aufstellt, nämlich dass der Notstand ein unverschuldeter sein müsse, damit er das Privileg der Straflosigkeit bezw. Rechtmässigkeit geniesse, nicht aufgenommen.

Seine Gesetzgeber haben den Zusatz des § 187 im ersten Entwurf:

„und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist“ gestrichen, statt dessen beigefügt den Satz, der sich im heutigen Gesetze vorfindet:

„Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet“ und damit unzweideutig der Meinung Ausdruck gegeben, dass sie die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung nicht von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Schuld abhängig gemacht wissen wollen. Die Abwehr-

handlung soll auch dann, wenn der Handelnde die Gefahr schuldhafterweise verursacht hat, in dem Sinne rechtmässig sein, dass die Tat straflos bleibt und dem Täter die Notlage zu statten kommt.[1])

Wir haben nun früher die Ansicht vertreten, dass, wenn der Wortlaut grammatisch und logisch interpretiert, nicht direkt dagegen spreche, die Praxis nicht unbedingt an die Meinung der Redaktoren eines Gesetzes bei der Auslegung derselben gebunden sei, sondern selbst in wichtigen Punkten von ihr abweichen dürfe. Wir müssen daher auch hier noch selbstständig untersuchen, zu welcher Entscheidung uns die vernünftige Auslegung führt. Wir haben deshalb folgendes zu erwägen.

Aus der Fassung des Gesetzes selbst lässt sich ein sicherer Schluss auf die Widerrechtlichkeit oder Rechtmässigkeit der verschuldeten Notstandshandlung nicht ziehen. Völlig verkehrt wäre es namentlich, aus der Statuierung einer Schadensersatzpflicht auf die Widerrechtlichkeit schliessen zu wollen. Ueber diese Ansicht, dass nur eine widerrechtliche Handlung die Verpflichtung zum Schadensersatze nach sich ziehe, die früher allgemein geteilt wurde, und an der z. B. noch *Janka* festhält, ist man ja heute mit vollstem Rechte zur Tagesordnung übergegangen.[2]) Andere Momente müssen es also sein, die uns eine Entscheidung an die Hand geben.

Jeder Eingriff in eine fremde Sache ist, wenn ihr Eigentümer nicht einwilligt, an sich widerrechtlich und wird mit einer Strafe, die je nach der Grösse der hervorgerufenen Verletzung bald empfindlicher, bald weniger empfindlich ausfällt, belegt. Dieser Satz ist als Richtschnur anzuerkennen, so lange das Gesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme davon statuiert. Für die Notstandshandlungen nun, die mit § 228 erster Satz getroffen werden sollen, ist dies der Fall, für die durch den zweiten Satz des Paragraphen getroffenen kann es keineswegs als feststehend behauptet werden. Wäre der Gedanke des § 228 (letzter Satz) in einem eigenen Paragraphen ausgesprochen oder fasste man ihn als Anakoluth zu dem ersten Satze auf, so dürfte man annehmen, er wolle die

---

[1]) Prot. 503.

[2]) Vergl. auch Prot. S. 2732, 8518, 8525. Wiederholt wurde betont, dass durch die Anerkennung der Rechtmässigkeit einer Handlung die Schadensersatzpflicht nicht aufgehoben wird (Notweg, Enteignung etc).

Widerrechtlichkeit nicht ausschliessen. Namentlich in letzterem Falle wäre die Deutung nicht von der Hand zu weisen, er wolle sagen: „Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so handelt er widerrechtlich und haftet auf Schadensersatz.“ Allein die Bestimmung findet sich weder als besonderer Paragraph, noch kann die Meinung, der betreffende Satz sei als Anakoluth aufzufassen und wolle die Widerrechtlichkeit nicht ausschliessen, gegenüber den zahlreichen ihr zu machenden Einwänden aufrecht erhalten werden. Dem § 228 und zwar dem ganzen § 228 liegt der Gedanke zn grunde, dass die Abwehr gegen einen unberechtigten Angriff einer fremden Sache nicht widerrechtlich ist. Wo die Not hervorgerufen wird durch eine drohende Sache, handelt der Bedrohte rechtmässig, wenn er diese Sache zerstört. Dass der letzte Satz des Paragraphen für den Fall der selbstverschuldeten Not die Schadensersatzpflicht statuiert, ist ganz gerechtfertigt, nötigt aber durchaus noch nicht die Widerrechtlichkeit des Angriffes anzunehmen. Gerade im Gegenteil der Umstand, dass die Schadensersatzpflicht für den Fall des Verschuldens ausdrücklich festgestellt wird, ist ein Beweis dafür, dass die Rechtmässigkeit nicht ausgeschlossen werden soll. § 823 B.-G.-B. spricht deutlich aus, dass jede widerrechtliche Verletzung fremder Rechte die Pflicht zum Schadensersatze im Gefolge habe. Es erschiene also der letzte Satz des § 228, wollte man seine Auslegung in einer widerrechtlichen Handlung suchen, als eine überflüssige Zugabe, die auch mit dem Bemerken, er wolle eine grössere Klarheit schaffen, nicht entschuldigt werden kann. Nur in dem Falle, dass auch er eine nicht widerrechtliche Handlung treffen will, erscheint seine Existenz durch die Umstände geboten.

Auch ein Vergleich mit dem weiteren Notstandsparagraphen, dem § 904, führt zu dem behaupteten Resultat. Der Notstand nach § 904 kann ebenso schuldhaft herbeigeführt werden, wie der des § 228. Trotzdem hielten es die Gesetzgeber nicht für erforderlich, auch ihm einen dem letzten Satz des § 228 analogen Zusatz zu geben. Man wollte die Rettung aus schuldhaftem Notstand nicht für rechtswidrig erklären; eine Vorschrift über den Schadensersatz war nicht nötig, da § 904 allgemein die Ersatzpflicht an die von ihm zu rechtmässigen gestempelten Handlungen knüpft. Wenn nun aber § 904, der seiner Natur nach viel

strengere Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung aufstellen musste, selbst der verschuldeten diesen Charakter nicht abspricht, umso viel weniger durfte es § 228, der bedeutend leichter geneigt ist, von der Rechtswidrigkeit des Tuns abzusehen. Wollte man jetzt für die Fälle des § 904 die Rechtmässigkeit, für die des § 228 die Rechtswidrigkeit bei verschuldeter Not konstruieren, so käme man zu bedenklichen Konsequenzen.

Die Rechtmässigkeit, die demnach unbedingt auch für die verschuldete Notstandshandlung angenommen werden muss,[1]) wird nun auch auf das Strafrecht einen bedeutenden Einfluss ausüben. Wie wir oben ausgeführt haben, fällt mit der Rechtswidrigkeit zugleich die Strafbarkeit. Soweit sich daher der Begriff des Notstandes im § 54 R.-St.-G.-B. mit dem des § 228 B.-G.-B. deckt, erscheint § 54 abgeändert, und es verlieren die nach § 54 strafbaren schuldhafterweise herbeigeführten Notstandshandlungen die Strafbarkeit. Infolge dieses weitgehenden Einflusses trugen viele Kriminalisten, unter ihn vor allem *v. Liszt*, Bedenken, die Rechtmässigkeit der verschuldeten Notstandshandlung anzuerkennen. Lassen wir nun auch jene zu Wort kommen.

Da hat man zunächst behauptet, das Unverschuldetsein, das in § 54 zur Voraussetzung der Straflosigkeit gemacht wird, bilde ein essentiale des § 54 und könne deshalb durch das B.-G.-B. nicht beseitigt werden. Allein dies ist nicht richtig. Das St.-G.-B. verlangt für die Straflosigkeit das Moment der Unverschuldetheit nur aus folgendem Grunde. Dadurch dass jemand einen Notstand verursacht, schafft er gleichsam auch die Konsequenzen dieser Lage. Die Handlung wäre zwar an sich rechtmässig, das Gesetz will aber nur den schützen, der sich vor allem selbst zu schützen sucht. Wenn die Notstandshandlung für straflos erachtet wird, so ist dies nur eine Ausnahme, die Ausnahme kann aber nicht Platz greifen, wenn die Handlung dem eigenen Entschluss und der Willenserklärung des Handelnden entsprungen ist. Der reine Notstandsbegriff enthält also die Unverschuldetheit als

---

[1]) Endemann I, S. 376; Matthias I, S. 274; Dernburg 226; Cosack I, S. 276; Planck I, S. 282; Fischer-Henle § 904; Hölder, Arch. f. civ. Praxis 73, S. 153; Reatz; Neumann, S. 122; R. Merkel, Koll. S. 81; Pretsch; Biermann I, 263.

essentiale nicht. Der § 54 gibt nur eine spezielle Vorschrift, die ohne weiteres nicht auf die §§ 228 und 904 Anwendung finden kann und die auch jederzeit durch letztere abänderungsfähig war.

Mehr Bedenken gegen die von uns vertretene Auffassung könnten schon die Ausführungen *v. Liszt's*[1]) erregen: „Nach dem § 54 tritt ganz zweifellos bei Verschuldung des Notstands Strafbarkeit ein. Das würde weiter gelten, soweit es sich um Leben und Leib handelt. Dagegen sollte bei Verteidigung von Vermögensrechten selbst die verschuldete Gefahr den Ausschluss der Strafbarkeit bewirken. Das wäre ein so unbefriedigendes Ergebnis, dass man die dazu führende Auffassung als unrichtig bezeichnen muss. Der Hinweis auf den harmonischen Zusammenhang mit § 904 beweist nichts; denn auch in diesem Falle muss unverschuldeter Notstand gefordert werden.“

Unzweifelhaft müsste *Liszt* zugegeben werden, dass die Konsequenzen aus der Annahme der Rechtmässigkeit der verschuldeten Notstandshandlung höchst bedenklich wären, wenn wir überhaupt den Eintritt dieser Konsequenzen für möglich hielten. Nirgends in den Paragraphen des B.-G.-B. findet sich ein Wort darüber, dass sie nur die zum Schutze von Vermögensrechten vorgenommenen Handlungen treffen wollten. Ihre Vorschrift: „wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist,“ bezw. „um eine . . . drohende Gefahr . . . . . abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung aber die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht“ ist ebenso geeignet, für die Rettung aus einer Gefahr für Leib und Leben angewandt zu werden als für die zu gunsten von Vermögensrechten. Das St.-G.-B. deckt mit seiner Straflosigkeit freilich nur die zum Schutze von Leib und Leben vorgenommenen Handlungen, aber das B.-G.-B. hat mit seiner Rechtmässigkeitserklärung auch den zum Schutze von anderen Rechtsgütern erfolgten Taten die ihnen vom St.-G.-B. nicht gewährte Straflosigkeit verliehen. Es kann also von nun an, wenn wir die Unverschuldetheit als Rechtmässigkeitserfordernis nach B.-G.-B. streichen, auch bei ver-

[1]) Deliktsobligationen S. 94.

schuldeter Gefahr für Leib und Leben der Täter straflos ausgehen, insoferne er die anderen Voraussetzungen erfüllt hat; die Ansicht *v. Liszt*, dass auch fürderhin bei Verschuldung des Notstandes, soweit es sich um Leib und Leben handelt, Strafbarkeit eintrete, ist daher u. E. eine irrige, und es entfallen damit auch alle an sie geknüpften Folgerungen.

Eine Reihe von Handlungen werden allerdings vorhanden bleiben, die bei Verschuldung auch weiter gestraft werden müssen. Es sind das diejenigen, die allein nach den Vorschriften des R.-St.-G.-B. zu beurteilen sind, d. h. deren Inhalt entweder in einer andern als der blossen Sachgüterverletzung besteht oder bei denen andere vom B.-G.-B. aufgestellte Voraussetzungen, namentlich die Verhältnismässigkeit nicht erfüllt sind. Diese jetzt eintretende Unterscheidung halten wir aber für durchaus gerechtfertigt.

Im Gegensatz zu vielen Autoren haben wir bei Besprechung des Strafrechts die Meinung vertreten, dass die Aufstellung des Erfordernisses der Unverschuldetheit für die Notstandsstraflosigkeit, vorausgesetzt die richtige enge Interpretation jenes Begriffes, durchaus nicht zu verwerfen sei. Andere Gesichtspunkte machen sich geltend, wenn es sich um die vom B.-G.-B. getroffenen Notstandstaten handelt, hier müssen auch wir die Streichung der Unverschuldetheit als einen Fortschritt begrüssen. Es kann nicht einem jeden erlaubt sein, einen Eingriff in die fremde Körperintegrität, dessen Mass er zu bestimmen gar nicht in der Lage ist, vorzunehmen, wenn durch seine leichtsinnige Herbeiführung der Not jener erforderlich scheint. Bedeutend weniger Bedenken dagegen erregt es, eine Einwirkung auf das Vermögen vornehmen zu lassen, da der von ihr versuchte Schaden ja immerhin ersetzbar sein und ersetzt wird. Ich muss, wenn ich durch Ausseracht-lassung jedweder Sorgfalt einen vorauszusehenden Notstand für mein Leben herbeiführe, die Konsequenzen desselben auch auf mich nehmen. Ich darf nicht vielleicht, um mein Leben zu retten, das eines andern opfern, wohl aber darf ich zu diesem Zwecke einem andern einen Vermögensnachteil verursachen, den ich ihm leicht wieder ersetzen kann. Denn die Rechtsordnung schätzt bei aller Garantie für die Unverletzlichkeit des Eigentums dennoch die Erhaltung eines Menschenlebens höher als die des Vermögens, mag auch jene durch das Verhalten des Betreffenden selbst in

Frage gestellt worden sein. Sie schafft ja wieder einen Ausgleich durch die Statuierung der Schadensersatzpflicht für die verursachte Vermögensschädigung.

Wir können die Streichung der Unverschuldetheit aus den Erfordernissen für die Rechtmässigkeit um so eher billigen, als sie die Bestrafung im Falle des höchsten Grades, der gefährlichsten Art, der Verschuldung dennoch ermöglicht. Es ist dies die Herbeiführung eines Notstandes mit dem Zwecke und der Absicht, unter seinem Deckmantel eine den Tatbestand eines Deliktes bildende Handlung straflos begehen zu können. Wir haben oben ausgeführt, dass hier der rechtswidrige Wille von Anfang an auf die Begehung des Verbrechens gerichtet ist und dass dieser rechtswidrige dann in der Tat realisierte Wille auch gestraft werden muss. Als völlig irrelevant zeigt sich dabei die Beschaffenheit der Zwischenstufe zwischen Entschlussfassung und der Verwirklichung, die hier, wie anderswo den der Besinnungslosigkeit, den Charakter des Notstandes an sich trägt. Es liegt, wie *Breidenbach* sich ausdrückt, hier „Absicht als Anfangs-, Tat als Endpunkt zu grunde und die dazwischen liegende Gefahr ist rechtlich gleich Null.“

Mag sich also unter den Erfordernissen der Straflosigkeit die Unverschuldetheit finden oder nicht, die eben gekennzeichnete Tat verfällt immer der verdienten Strafe.

§ 52.

Die Schadensersatzhaftung.

Wenn wir nun auch gezeigt haben, dass die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung in keiner Weise von der Verschuldung oder Nichtverschuldung abhängig gemacht ist, so dürfen wir der Verschuldung doch nicht jeden Einfluss auf die Beurteilung überhaupt absprechen.

Wie bereits gesagt, knüpfte die Gesetzeskommission, indem sie dem § 192 bezw. 228 den letzten Satz beifügte, an die Verschuldung die durch die Rechtmässigkeitserklärung für die übrigen Fälle beseitigte Schadensersatzpflicht. Wir haben uns deshalb ebenso wie im Strafrecht nun die Fragen vorzulegen: „Wann kann man sagen, dass ein Notstand unverschuldet ist?“ und „Wer muss, wenn verschiedene Personen beteiligt sind, den Not-

stand verursacht haben, bezw. wen trifft in solchen Fällen die Schadensersatzpflicht?“

Was die erste Frage anbelangt, so können wir durchaus auf unsere Ausführungen im Strafrechte verweisen. Allerdings stossen wir dabei hier auf ein Hindernis, das die Analogie auszuschliessen scheint. Während dort die Rede ist von einem unverschuldeten Notstand, hat man hier die unglückliche Fassung gewählt „Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet“ und damit die Deutung nahe gelegt, dass es genüge, wenn nur der drohende Eintritt des Uebels schuldhaft herbeigeführt worden sei. Allein dieser Auffassung kann nicht Raum gegeben werden. Es soll in Wirklichkeit nicht entscheidend sein, ob der Notstandstäter vorausgesehen hat, er werde in eine Gefahr geraten, sondern entscheidend kann allein sein, dass er vorhergesehen hat, er werde in dieser Gefahr gezwungen sein, zur eigenen Rettung in fremdes Eigentum einzugreifen. Das Verschulden darf sich mithin nicht nur auf die Gefahr, sondern auf die Gefährdung fremder Güter durch Herbeiführen der Interessenkollision beziehen. Der Notstand selbst, nicht nur die Gefahr, muss verschuldet sein, wenn die Schadensersatzpflicht, bezw. bei den nach R.-St.-G.-B. zu behandelnden Taten die Strafbarkeit eintreten soll. Schuldhaft im Sinne des § 228 S. 2 handelt also, wer die Ursache für die von einer fremden Sache drohende Gefahr durch sein Handeln gesetzt hat und dabei voraussah oder voraussehen musste, dass diese Gefahr entstehe und dass er sich aus dieser nur auf Kosten fremden Gutes retten könne.

Wir können deshalb in dem von *v. Liszt* erzählten folgenden Fall den Hausdiener nicht für schadensersatzpflichtig erklären.

Der Hausdiener X verübt einen nächtlichen Einbruch in die Wohnung seines Dienstherrn Z. Hier wird er von einem grossen Bernhardiner angehalten, den Z am Abend vorher auf Bitten eines auf Reisen gehenden Freundes, ohne dass X eine Ahnung davon hatte, in Pension genommen. X schiesst den Hund nieder.

Jedes Verschulden setzt nun einen Menschen voraus, der verantwortungsfähig ist. Nicht haften daher Kinder, Geisteskranke etc. da sie, wie keine Strafe, so auch keine andere Folge ihres Tuns auf sich zu nehmen haben. Die §§ 827 und 828 B.-G.-B. handeln zwar nur von dem Schadensersatz wegen unerlaubter

Handlungen, allein ihre Anwendung ist unbedingt möglich,[1]) da auch, wie wir später noch ausführen wollen, die hier in Betracht kommende Haftung trotz der Rechtmässigkeit der Handlung den Charakter der Haftung für unerlaubte Handlungen an sich trägt. Dadurch dass die Handlung, die eine Haftung begründet, gerade eine im Notstand begangene war, können der Geisteskranke oder das Kind keine ungünstigere Stellung erhalten, als sie ihnen nach den allgemeinen Regeln verliehen ist.

Schwieriger schon wird die zweite von uns aufgeworfene Frage zu lösen sein, die Frage, wer von mehreren Beteiligten den Notstand verschuldet haben muss, bezw. wer von den mehreren zum Schadensersatze verpflichtet ist. Nachdem die allgemeine Nothilfe zugelassen ist, wird sich die Situation ja wohl öfter ereignen, dass der Notstandstäter und der Gefährdete, dass der Verschulder des Notstands und der Retter aus demselben verschiedene Personen sind.

Der 1. Entwurf hatte sich in seinem § 187 der unpersönlichen Fassung „und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist“ bedient und damit sowohl die Deutung zugelassen, dass bei Verschiedenheit beider Personen das Verschulden auf Seite des Handelnden als auch des Bedrohten liegen könne. Dieser Kontroverse hat die II. Kommission ein Ende gemacht; sie hat durch die von ihr vorgenommene Redaktion festgestellt, dass es nur darauf ankomme, ob der Abwehrende den Notstand verschuldet hat. Es ergeben sich daher für die verschiedenen möglichen Fälle folgende Konsequenzen:

1) Der Gefährdete hat selbst den Notstand verschuldet, ein anderer rettet ihn. Hier ist jede Haftung aus § 228 ausgeschlossen. Der Bedrohte, durch dessen Schuld die Notlage entstanden ist, der also z. B. das Tier, das ihn angreift, gereizt hat, kann nicht nach § 228 haftbar sein, da es auf sein Verschulden, wie der Wortlaut des Gesetzes klar ausdrückt, nicht ankommt. Derjenige, der dem Gefährdeten die erforderliche Hülfe bringt, also z. B. das Tier tötet, kann ebenfalls nach § 228 nicht zum Schadens-

---

[1]) Der gleichen Ansicht ist auch Endemann S. 367, A. 10; doch ist seine Begründung: „denn diese Regelung wird durch § 276 auf die Verträge generell ausgedehnt, kann also auch für diese vorliegende ausserkontraktliche Haftung Geltung beanspruchen dürfen“ unverständlich.

ersatze herangezogen werden; denn auf ihn findet nur, da ihn kein Verschulden trifft, der erste Satz des § 228 Anwendung, wonach er ersatzfrei berechtigt ist, in das fremde Eigentum einzugreifen. Selbst dann haftet er nicht, wenn er gewusst hat, dass der Bedrohte die Gefahr selbst hervorgerufen hat. Soll nun der Eigentümer der drohenden Sache endgültig den Schaden tragen? Soll er infolge des vielleicht zufälligen Umstandes, dass nicht der Bedrohte selbst, sondern ein anderer für ihn die Abwehrhandlung vorgenommen hat, des Ersatzes für den erlittenen Schaden dauernd verlustig gehen? Es leuchtet ein, dass dies eine höchst unbillige Entscheidung wäre. So müssen wir denn Umschau halten, ob nicht ein anderer Rechtssatz den Forderungen der Billigkeit gerecht zu werden vermag; die Norm des § 823 führt uns zur richtigen Entscheidung.

Um dies zu verstehen, müssen wir zunächst einen kleinen Exkurs einschalten und uns mit der Frage nach dem Charakter der Schadensersatzpflicht nach § 228 beschäftigen. Obwohl wir die Ansicht vertreten haben, dass auch die verschuldete Notstandshandlung rechtmässig bleibe, sehen wir doch in der Haftung für sie eine Haftung aus einer unerlaubten Handlung. Nicht deshalb haftet ja der Handelnde, weil er die Abwehrhandlung vorgenommen hat, denn damit hat er rechtmässig und sonach nicht deliktisch gehandelt, sondern sein unerlaubtes Vorgehen liegt darin, dass er vorsätzlich oder fahrlässig rechtswidrig die Interessenkollision herbeigeführt hat. Denn wenn die Rechtsordnung die zur Lösung derselben vorgenommene Tat auch für rechtmässig erklärt, so ist diese Entscheidung doch immer eine von der Not ihr abgerungene, die sie viel lieber vermieden sehen würde. Sie kann daher, wenn sie von einer kriminellen Bestrafung auch absieht, die schuldhafte Herbeiführung einer solchen Kollision wohl als schuldhafte Handlung ansehen und an sie die Schadensersatzpflicht anknüpfen.

Kehren wir nun zu unserer Frage zurück, so können wir also dem Gefährdeten, der schuldhafterweise die Notstandslage verursacht hat, die Schadensersatzpflicht des § 823 auferlegen. Der Kausalzusammenhang zwischen seiner Tat und der Schädigung des Sacheigentümers ist dadurch gegeben, dass er die fremde Sache in eine Lage brachte, in der sie zu Grunde gehen musste.

Er hat durch verschuldete Herbeiführung des Notstandes das Recht des Sacheigentümers fahrlässig widerrechtlich verletzt und ist daher zum vollen Ersatz des Schadens verpflichtet. Auf diese Weise allein ist eine der Billigkeit entsprechende Entscheidung herbeizuführen.

In einem Falle nur wird man direkt aus § 228 den Bedrohten für schadenersatzpflichtig erklären können und zwar dann, wenn der Notstandstäter von dem Bedrohten, zu dem er in wirtschaftlicher Abhängigkeit steht, direkt zur Zerstörung der Sache beauftragt wird.[1])

Ganz analog dem besprochenen wird auch der Fall behandelt, in dem nicht nur zwei Personen, sondern drei beteiligt sind, in dem keine Identität zwichen dem Gefährdeten und dem Verschulder vorliegt. Nach § 228 haftet keiner, der Gefährdete und der Abwehrer nicht, weil ihnen keine Schuld beizumessen ist, der Verschulder nicht, weil er nicht bei der Abwehr tätig geworden ist. Dagegen tritt für den Verschulder die Haftung nach § 823 ein.

2) Der Fall kann aber auch umgekehrt liegen, so dass nicht der Bedrohte an der Notstandslage, wohl aber ein anderer schuld ist, und dass dieser in plötzlicher Reue über sein Vorhaben die drohende Gefahr selbst wieder durch Eingriff in fremde Rechtssphären beseitigt. Hier hat der Handelnde tatsächlich die Gefahr verschuldet, haftet also nach § 228, S. 2 dem Sacheigentümer.

3) Wieder etwas anders stellt sich die Situation dar, wenn zwei zugleich in schuldhafter Weise die Notlage herbeiführen, wenn aber dann nur der eine von beiden die Abwehrhandlung vornimmt. Dass dieser letztere unbedingt haftet, ist klar; wie aber verhält es sich mit dem andern? Nach § 228 ihn zu packen, ist nicht möglich, da er nicht „Handelnder“ ist. Man wird also den Sacheigentümer mit seinem ganzen Anspruche an den weisen, der auch gehandelt hat, letzterem aber nach § 830 einen Regressanspruch auf die Hälfte gegen den andern gewähren. Denn der Grund zu der Haftung liegt ja, wie wir gesehen, nicht in der Notstandshandlung, sondern in der verschuldeten Herbeiführung des Notstands und hinsichtlich dieser sind beide Mittäter.

4) Aber auch der Sacheigentümer selbst kann den Notstand

---

[1]) Analogie nach §§ 855, 859, 860.

schuldhafterweise herbeiführen. Tut er dies allein, so ist klar, dass er keinen Schadensersatz für die Beschädigung seines Eigentums zu beanspruchen hat. Er kann sich jedoch ebenso gut nur an der Verschuldung des Abwehrenden beteiligen und zwar ist dies in doppelter Weise möglich. Entweder verursacht er die Gefahr zugleich mit dem Selbstverteidiger und beeinflusst so indirekt die Entstehung des Schadens oder er beteiligt sich noch nachträglich direkt, indem er auf die Selbstverteidigungshandlung des Bedrohten einwirkt und dadurch Grösse und Schwere seines Schadens selbst bestimmt. Hier kommt die Lehre des § 54 in Betracht. Es muss festgestellt werden, auf wessen Seite das überwiegende Verschulden zu suchen ist, und je nachdem ist die Pflicht zum Schadensersatze zu bejahen oder zu verneinen. Ob das Verschulden sich zeigt in einer aktiven Tätigkeit des Eigentümers oder in einem blossen Unterlassen, ist nach § 254 Abs. 2 gleichgültig.

5) Schliesslich ist noch der Fall denkbar, dass ein Dritter die Gefahr schuldhafterweise herbeiführt, der Gefährdete aber die drohende Sache zerstört. Die Voraussetzungen des § 228 S. 2 sind wieder nicht erfüllt. Der Handelnde haftet nicht, weil er an der Gefahr nicht schuld war; der Dritte auch nicht, weil er die fremde Sache nicht beschädigt hat. Aber für den Dritten ist § 823 anzuwenden, denn durch seine Handlung ist widerechtlich das Eigentum eines andern verletzt.

Hier wäre auch noch die Frage zu erörtern, wie zu entscheiden sei, wenn der Bedrohte trotz Vorliegens sämtlicher Voraussetzungen des § 228 von dem ihm in diesem gewährten Rechte keinen Gebrauch gemacht habe, wenn er es also unterlassen hat, die drohende Sache zu beschädigen oder zu zerstören und infolge dieser Unterlassung einen Schaden erlitten. Da an und für sich für den Bedrohten keine Pflicht besteht, das Recht der Selbstverteidigung auszuüben, so bleibt der Anspruch auf Schadensersatz jederzeit bestehen, es müsste denn sein, dass wirklich eine Rechtspflicht zu aktivem Handeln gegeben, in dem Unterlassen also eine schuldhafte Handlung zu sehen ist. Man hatte in der Kommission[1]) versucht, eine direkte Entscheidung der Frage in das Gesetz aufzunehmen, man wollte jedoch das Gesetzbuch nicht mit kasuistischen

---

[1]) Prot. S. 502.

Bestimmungen belasten, welche es verdunkeln und die Handhabung erschweren könnten. Es kommen daher lediglich die allgemeinen Grundsätze über den ausserkontraktlichen Schadensersatz zur Anwendung, wonach meist ein Verschulden des Urhebers gefordert und nur in sehr wenigen Fällen, von einem solchen abgesehen wird.

Bisher haben wir von der Schadensersatzpflicht gesprochen, die sich für gewisse Notstandshandlungen nach § 228 ergibt. Nun kommen wir zu dem andern Notstandsparagraphen, dem § 904.

Hier ist nun nicht massgebend für die Frage der Entschädigung das Moment der Verschuldung, sondern ganz allgemein wird an die Notstandshandlung die Pflicht zum Schadensersatze geknüpft. Es muss daher dieser Schadensersatz auch einen andern Charakter als jener nach § 228 tragen.

Auch in dieser Frage bedeutet die vom B.-G.-B. vorgenommene Regelung einen eminenten Fortschritt, eine reformatorische Tat. Im römischen Rechte herrschte das Verschuldungsprinzip für die Haftung, d. h. nach römischem Recht war eine Schadensersatzpflicht, die nicht Folge einer Verschuldung war, ganz undenkbar. Die ganze Literatur, Männer, die doch in andern Fragen mit kühnem Mute die Axt an veraltete Theorien anlegten, konnten sich von jenem Verschuldungsprinzipe nicht frei machen und *Janka*[1]) z. B. sagt: Ein Notrecht, das sich mit der Entschädigungspflicht vertragen zu können vermeinte, wäre ebensowenig Notrecht als es „Recht" überhaupt sein würde. Auf diesem Standpunkte standen auch noch die Entwürfe I und II nach der ersten Lesung, die ja übrigens die Rechtmässigkeit der eigentlichen Notstandshandlung noch nicht statuierten. Nachdem man jedoch dem Notstandstäter unter Voraussetzung eines überwiegenden Interesses allgemein den Charakter der Rechtmässigkeit vindiziert hatte, konnte man, seiner unbilligen Entscheidung bewusst, an dem Verschuldungsprinzipe nicht mehr festhalten.

Die allgemein geltende Norm, die man in § 753 Abs. 1 aufgestellt hat:

„Wer . . . . für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist (weil ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt) hat gleichwohl . . . . den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen

---

[1]) Janka S. 171; ebenso Schaper 132; v. Buri 439, Hälschner 503 etc.

(des Falls), insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert . . . . ." wurde praktisch angewendet auf die Kollisionsfälle, indem man an die für rechtmässig erklärte Verletzung fremder Sachgüter zur Rettung aus der Not ganz allgemein eine Pflicht zum Schadensersatze anschloss. Man setzte an die Stelle des Verschuldungsprinzips das Prinzip der Billigkeit, oder wie es *Merkel*[1]) nicht ohne Grund nennt, das Prinzip des aktiven Interesses. Man machte sich klar, dass, wenn das Recht auch aus besonderen Gründen Stellung nimmt zu gunsten eines der beiden kollidierenden Interessen und durch seine Sanktion den Eingriff in das andere straflos und rechtmässig macht, dennoch der Charakter des gegenüberstehenden verletzten Interesses als eines ebenfalls rechtmässigen in Erscheinung zu treten hat. Man sagte sich, dass dies am besten zu bewirken sei durch eine angemessene Verteilung des Schadens und dass erst die Statuierung einer Entschädigungspflicht die beiden Interessen in die gleiche rechtliche Lage zu bringen vermöge. Die einander widerstreitenden Interessen können nur dadurch ausgeglichen werden, dass das Recht einerseits die Befugnis zum Eingriff gewährt, andererseits jedoch daran zugleich die Verpflichtung knüpft, den aus der Ausübung entstehenden Schaden zu tragen. Der eine muss die Zerstörung seines Eigentums um des überwiegenden Interesses des andern willen dulden, muss sich also eine erhebliche Belästigung gefallen lassen und den Schaden vorläufig auf sich nehmen, sollte er auch noch den verursachten Schaden definitiv tragen? Das würde der Billigkeit und Gerechtigkeit nicht entsprechen, denn die ratio, die der Erlaubnis zur Verletzungshandlung zu grunde liegt, geht gewiss nicht auf die Schädigung des Inhabers des zurückstehenden Gutes. Sie gibt also zunächst auf die Frage, wer die Kosten des Rettungsaktes zu tragen habe, keine Antwort. Für diese Frage kommt vielmehr ein anderer Satz zur Anwendung, der höchst naturgemässe Satz, dass jeder, der einen Vorteil erlangen will, die hiezu nötigen Aufwendungen selbst zu machen, dass jeder, der einen Gewinn erstrebt, die hiefür erforderlichen Kosten selbst zu tragen hat. Ein Gewinn oder Vorteil ist aber jedenfalls auch in der Unversehrtheit eines Eigentumsgegenstandes zu erblicken; lucrum cessans oder damnum emergens stehen sich in dieser Hinsicht völlig gleich. Wir haben damit ein richtiges Prinzip gewonnen, das

[1]) R. Merkel, S. 160.

uns nötigt, dem Notstandstäter die Schadensersatzpflicht aufzuerlegen. Auch auf ein Analogon in einer Rechtsdisziplin können wir hinweisen. Als die Kommission nach langem Kampfe sich dahin einigte, den § 904 als 818a in das Gesetzbuch aufzunehmen, herrschte auch darüber völlige Uebereinstimmung[1]), dass die neue Vorschrift in Einklang stehe mit der öffentlich rechtlichen Enteignung. Es war dies eine Erklärung, die *Lehmann*[2]) schon für das römische Recht, freilich ohne damit Anklang zu finden, zu geben versucht hat. Wie der Staat im öffentlichen Interesse dem einzelnen gegen volle Entschädigung[3]) das Eigentum nehmen oder den Gebrauch desselben beschränken kann, so tut er es auch nun, um einem überwiegenden privaten Interesse, dessen Erhaltung ja ebenfalls Interesse der Allgemeinheit ist, zum Siege zu verhelfen. Es handelt also der Notstandstäter gewissermassen als Organ des Staates, aber vorwiegend im eignen Interesse und er ist deshalb zum Schadensersatze verpflichtet.

Es ist daher nur eine Forderung der ausgleichenden Gerechtigkeit, wenn dem Notstandstäter eine Pflicht zur Entschädigung des Verletzten auferlegt wird und ihre Erfüllung kann ungeachtet der Rechtmässigkeit der Handlung stattfinden.[4])

Wenn wir uns nun, nachdem wir den allgemeinen Charakter der Haftung nach § 904 kennen gelernt haben, der genaueren Durchführung der Bestimmung zuwenden, so haben wir unser Augenmerk auf zwei namentlich in Betracht kommende Momente zu richten, auf die Handlung und das Interesse. In der Regel werden beide in einer Person zusammentreffen, d. h. der im Notstand Handelnde wird die Tat zur Rettung seines eigenen Rechtsgutes vornehmen, und in diesem Falle ist eine Entscheidung leicht zu treffen. Der Handelnde hat dem Verletzten für den gesamten angerichteten Schaden aufzukommen.

---

[1]) Prot. 419.

[2]) Jahrb. f. Dogmatik XIII, S. 2144 ff. Im Kriminalrecht verliert im Konfliktsfall das geringere Recht seinen kriminalrechtlichen Schutz, im Civilrecht seinen civilrechtlichen, hier aber nur insoweit, dass es die Durchsetzbarkeit in seiner genauen Form einbüsst und sich ganz oder teilweise die Surrogation durch seinen auf Geld zurückgeführten Vermögenswert, eventuell selbst die Verwandlung in eine Ersatzforderung gefallen lassen muss.

[3]) Siehe z. B. Preuss. Ges. v. 11. VI. 74, T II, § 8 f; bayr. Gesetz v. 17. XI. 37 T II, A V ff.

[4]) Binding, Normen I, § 58; Merkel 219; Rümelin. Vgl. auch §§ 912, 917, 826, 2005 B.-G.-B.

Nicht so leicht dagegen ist ein Urteil zu fällen, wenn nicht der Gefährdete und Interessierte selbst, sondern ein Dritter tätig geworden ist. Allein die Betrachtung des Prinzips muss auch hier den richtigen Weg zeigen. Den Schaden hat stets derjenige zu ersetzen, so haben wir oben ausgeführt, der ein Interesse daran hatte, dass die Schädigung vorgenommen wurde, also derjenige, der gerettet wurde. Derjenige, der in Wirklichkeit die fremde Sache verletzte, hat hieran kein Interesse gehabt, er hat einzig und allein in dem des andern gehandelt, und einzig und allein jener muss infolgedessen zur Haftung herangezogen werden. Die Theorie ist sich jedoch über diese uns völlig klare Entscheidung keineswegs einig. Mehrere Autoren, unter ihnen namentlich *Rümelin*[1]) vertreten die Ansicht, dass im Sinne des vernünftigen Gesetzgebers der Handelnde haften müsse, da die Schadenshaftung die Folge des aktiven Eingreifens, nicht blosse Konsequenz der passiven Rettung sei. Und auch *Titze* stellt diese Behauptung auf, indem er sagt: „Culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti.“ Indes diese Haftungsverteilung ist allein vom Standpunkte *Rümelins,* nach dem die Ersatzpflicht auf einer deliktsartigen Handlung beruht, verständlich, einem Standpunkte, den wir als unrichtig verwerfen mussten. Allerdings versuchten *Rümelin* und seine Anhänger[2]) den offenbar unbilligen Erfolg ihrer Auslegung einigermassen zu korrigieren, indem sie den Handelnden auf einen Regressanspruch gegen den Geretteten verweisen unter Anwendung des § 812 über die ungerechtfertigte Bereicherung, bezw. der §§ 683 und 670 über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Doch ist dies nur ein teilweiser Ausgleich der aus der falschen Interpretation entstehenden Nachteile. Denn schon die primäre Haftung des Retters würde eine ungeheuere Belastung für diesen bilden, sie würde zur krassen Ungerechtigkeit werden, wenn der Gerettete sich als zahlungsunfähig erwiese. Es ist also ein falscher Gesichtspunkt, von dem *Rümelin* und seine Anhänger ausgehen. Nicht darauf kann es ankommen, dass jemand tätig geworden ist in der Not, sondern massgebend kann allein sein, dass ein höheres Gut sich auf Kosten eines niedereren erhalten hat. Die objektive Lage begründet die Aufopferung des einen, die objektive

---

[1]) S. 96 ff.

[2]) Aehnlich wie Rümelin will auch Merkel S. 184 den Handelnden haften lassen „kraft seiner Aktivität“ ohne weitere Begründung; ebenso Neumann I, 466; Dernburg 227; Titze 117. Dagegen Endemann 379.

Lage begründet auch die Ersatzpflicht. Das gerettete Gut erscheint gleichsam dinglich mit der Schadensersatzpflicht belastet, sein Eigentümer hat dafür aufzukommen. Wer würde fernerhin — eine allgemeine Pflicht hiezu besteht ja nicht — noch einem Bedrängten in der Not beispringen, wer würde fernerhin für einen andern die drohende Gefahr beseitigen, stünde ihm in Aussicht, für seine Menschenfreundlichkeit auch noch Kosten tragen zu müssen? „Jeder ist sich selbst der Nächste“ ist ein nur zu wahres Sprichwort, dessen jeder, wollte man die Ersatzpflicht nach *Rümelin* regeln, eingedenk sein würde. Damit hätte das Gesetz aber den durch die Gestattung der allgemeinen Nothilfe dem Fortschritt und den moralischen Anschauungen gezollten Tribut wieder zurückgenommen. Zu einem praktisch brauchbaren Ergebnisse führt uns allein die Auffassung, dass der Gerettete den durch seine Rettung entstandenen Schaden zu tragen habe. Die Gründe, die *Rümelin* gegen eine solche Entscheidung anführt, dass durch eine primäre Haftung des Geretteten ein Riss in das Recht der negotiorum gestio gerissen würde oder dass man dadurch den Geretteten etwaiger konnexer Kompensationseinreden gegen seinen negotiorum gestor beraube, wiegen unverhältnismässig leicht gegenüber den schweren Nachteilen, die eine seinen Intentionen entsprechende Lösung im Gefolge hätte.

Natürlich haftet, das ist eine ganz andere Frage, der Retter nach § 680 wieder dem Geretteten, wenn er böswillig oder grob fahrlässig bei Vornahme der Notstandshandlung vorgegangen war, wenn er z. B. dem letzteren mehr Ersatzkosten zugewälzt hat, als die allein erforderliche und genügende Handlung verursacht hätte.

§ 53.

Der Putativnotstand und das Bewusstsein von der Notstandslage.

Die Notstandshandlung ist rechtmässig, wenn, wie wir eben gesehen, eine Gefahr, die Notwendigkeit des Handelns und eine gewisse Verhältnismässigkeit als objektive Voraussetzungen gegeben sind. Sie ist rechtmässig, weil die Rechtsordnung ein Interesse daran hat, dass das höhere Gut sich auf Kosten des minderwertigen erhalte, dass nicht ein höheres Interesse zu grunde gehe, obwohl ein niederes im stande gewesen wäre, es zu retten. Trotzdem kann das Recht auch die Motive, die bei der Ausführung vorwalteten, nicht ohne Berücksichtigung lassen, und muss auch die subjektiven Gefühle in Berechnung ziehen. So kann das Moment des subjektiven Empfindens

die eine oder die andere oder sogar alle drei Voraussetzungen ersetzen. Denn wenn anch der Richter über die objektiven Tatsachen entscheidet, so fällt die Beurteilung doch zuerst unter die Entscheidung des Täters. Er kann in der Bedrängnis und der aus ihr resultierenden Gemütsstimmung nicht immer mit klarem Blicke die Situation überschauen, kalten Blutes die Rettungswege prüfen und die kollidierenden Güter gegen einander abwägen. Je nach seinem feurigeren oder gemässigteren Temperamente, je nach der grösseren oder geringeren Möglichkeit die volle Geistesgegenwart zu bewahren, wird der eine rascher, der andere weniger rasch zur Verletzung des fremden Eigentums greifen. Wenn nun auch jeder darnach streben soll, sein Temperament zu zügeln und sich möglichst zu gewöhnen, selbst in der gefährlichsten Lage die Geistesgegenwart nicht zu verlieren, so kann es doch nicht die Aufgabe des Rechtes sein, hier nur die Rolle des strengen Lehrmeisters zu spielen. Mit der menschlichen Schwäche muss es immer rechnen, zumal ja auch der sonst Besonnene durch die Grösse der auf ihn einstürmenden Gefahr oft den richtigen Massstab für die Beurteilung nicht zu finden vermag. Dies alles muss die Gesetzgebung wohl beachten, und muss auch bei Vorliegen eines entschuldbaren und die bona fides nicht ausschliessenden Irrtums, die bei Nichtvorlage aller objektiven Voraussetzungen vollführte Handlung als Ausübung eines Notrechtes ansehen. Der Richter muss sich in den Zeitpunkt der Begehung der Tat zurückversetzen und prüfen, ob der Gefährdete ohne Verschulden die betreffenden Tatumstände nach Massgabe der objektiven Sachlage und seiner individuellen Veranlagung als gegeben annehmen konnte. Warum sollten auch hier die sonst geltenden Grundsätze über den Finfluss des Irrtums auf die Strafbarkeit ausgeschlossen sein?[1]) Ob dabei die Situation wirklich nahe an eine Notstandshandlung angrenzt oder ob die Lage objektiv mit einem Notstand nicht die entfernteste Aehnlichkeit hat, der Täter aber sein Vorhandensein doch annehmen konnte, ist nach dem geltenden Rechte gleichgiltig. Bestimmungen, wie sie z. B. das sächs. St.-G.-B.[2]) hatte, sind, nachdem der Begriff der geminderten

---

[1]) R. E. i. C. V, 161; Seuffert, Arch. 53, 106.

[2]) Sächs. St.-G.-B. Wenn Umstände vorliegen. welche an einen Notstand angrenzen, ohne jedoch einen wirklichen Notstand zu begründen, so tritt verminderte Zurechnung mit derselben Wirkung ein, welche der Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit zur Folge hat.

Zurechnung gefallen ist, undenkbar wenn man jeden Putativnotstand für straflos erklärt, überflüssig. Der Putativnotstand wird also unter Umständen behandelt wie ein echter Notstand.[1]) Allerdings möchten wir doch einen kleinen Unterschied machen zwischen den beiden Arten und wir befinden uns dabei, meinen wir, auch in Uebereinstimmung mit den Gesetzgebern. Wir möchten nämlich, wenn wir auch die im Putativnotstand begangene Handlung für rechtmässig erklären, an sie auch für den Fall, in dem sonst die Schadensersatzpflicht nicht eintritt, diese anknüpfen. Als Analogon bedienen wir uns hiebei des § 231, der einer in irriger Ansicht vorgenommenen Selbsthilfehandlung die Schadensersatzpflicht auferlegt, ohne ihr die Rechtmässigkeit zu nehmen. Es wird sich natürlich selten ereignen, dass jemand gerade einen Notstand nach § 228 fälschlich annimmt — nach § 904 besteht ja kein Zweifel hinsichtlich des Schadensersatzes — aber immerhin ist die Frage zu streifen. Wenn das drohende Gut in Wahrheit nicht in einer solchen Lage war, dass es ein anderes gefährden konnte, so fehlt jeder Grund, den Besitzer büssen zu lassen; den Schaden hat vielmehr der zu tragen, der es irrtümlicherweise als gefährdend ansah.[2])

Hier befinden wir uns allerdings wieder in Widerspruch mit *Rümelin*.[3]) Letzterer spricht sich mit ziemlich scharfen Worten: „Nur vom Standpunkte einseitiger Konsequenzenmacherei kann man die Haftung dessen, der in entschuldbarem Irrtum eine Selbstverteidigungshandlung vornimmt, als ein selbstverständliches Postulat bezeichnen“ gegen die von uns vertretene Ansicht aus, indem er erklärt, man dürfe — er spricht nur von Notwehr-, meint aber ebenso die Notstandshandlung — die Situation der in Notwehrlagen befindlichen Personen nicht durch eine für den Fall unverkennbare Täuschung drohende Schadensersatzflicht erschweren. Wir können diese Ausführungen nicht anerkennen, wir glauben auch nicht, dass derjenige, der durch seine Wirksamkeit den Anschein einer Notlage hervorbringt, dadurch als der von dem Unglücksfall zunächst Betroffene erscheint, sondern vielmehr derjenige, der eine harmlose Tatsache als Bedrohung ansieht. Denn wenn man auch, möglichst eingedenk des Satzes: „Errare humanum est“ vermeiden soll, jemanden

---

[1]) Vgl. Berlin, 6. IV. 76; Pr. R. Spr. O. XVII, 262.

[2]) Ebenso Unger, S. 49.

[3]) Rümelin S. 77 ff.

für seinen Irrtum büssen zu lassen, so darf diese Rücksicht doch nicht so weit führen, dass man einem andern Unschuldigen den Schaden jenes Irrtums auferlegt.

Die Kehrseite der Medaille zeigt sich, wenn wir nun die Frage betrachten, ob zu der Rechtmässigkeit der Notstandshandlung erforderlich ist, dass der Täter das Bewusstsein hatte, im Notstande zu handeln. Wir haben den Ausführungen, die wir über diesen Punkt bei Besprechung des Strafrechtes machten, nur wenig hinzuzufügen. Wie dort, so spricht auch der Wortlaut des B.-G.-B. „um eine Gefahr abzuwenden“ für unsere Auffassung, der Wortlaut des § 904, der rein objektiven Anstrich hat, wenigstens nicht dagegen. Es fragt sich also nur, ob unsere Auffassung mit der Statuierung eines Notrechts, die ja, wie wir gesehen, aus objektiven Gründen und nach objektiven Gesichtspunkten erfolgte, in Einklang zu bringen ist. Ein dem Rechte gemässer Erfolg liegt vor, so stellten wir fest, wenn ein höheres Rechtsgut sich auf Kosten eines minderen erhalten hat, und weil die Verletzungshandlung diesen rechtmässigen Erfolg herbeiführen wollte und wirklich herbeiführte, darum wird auch sie für rechtmässig erklärt. Es ist also wohl zu unterscheiden zwischen Herbeiführung eines dem Rechte angenehmen, erwünschten Erfolges und dem Begehen einer rechtmässigen Handlung. Wohl hat eine rechtmässige Handlung immer einen rechtmässigen Erfolg als Wirkung, nicht aber umgekehrt muss jeder rechtmässige Erfolg durch eine rechtmässige Handlung hervorgebracht worden sein. Wenn z. B. ein steckbrieflich verfolgter Mörder nur dadurch dem Arm der Gerechtigkeit überliefert wird, dass ein anderer ein Vergehen nach § 257 begeht, also sich einer Begünstigung schuldig macht, so hat dieser letztere wohl einen dem Rechte sehr erwünschten Erfolg, die Ergreifung des Mörders, herbeigeführt, trotzdem wird niemand auf den Gedanken kommen, ihn deshalb straflos zu lassen. Ebenso verhält es sich mit unserem Fall. Wir verweisen wieder auf das beim Strafrecht angeführte Beispiel. Der Erfolg der Handlung (Retten eines Menschen von dem Erstickungstode) ist zweifellos der Rechtsordnung angenehm und erwünscht, die Handlung selbst dagegen (Zertrümmern eines Fensters aus reinem Mutwillen und Zerstörungwut) kann nicht für rechtmässig erklärt werden. Der Täter und unfreiwillige Retter hat daher auch die Ersatzkosten zu berichtigen, müsste er es ja auch tun, wenn ihm der Zufall nicht so hold gewesen

wäre und ihn zugleich zum Lebensretter gemacht hätte. Ihm die Strafe zu erlassen, ist ebensowenig ein Grund vorhanden, weder von der Auffassung aus, dass die Strafe Vergeltung, noch von der, dass sie Prävention als ihren Hauptzweck in sich trage. Auch für die Geisteskranken, Kinder etc. und andere Unzurechnungsfähige birgt unsere Entscheidung keine Härte. Sie haben allerdings nicht das Bewusstsein, im Notstande zu handeln, wenn auch die objektiven Voraussetzungen zutreffen, allein ihr Tun ist ja überhaupt keine Handlung im Rechtssinne) und es wäre daher eine müssige Untersuchung, darnach zu forschen, ob rechtmässige oder rechtswidrige Handlung bei ihnen vorliegt. Es genügt also nicht, dass die objektiven Voraussetzungen alle gegeben sind, der Täter muss sich auch bewusst sein, dass er eine Notstandshandlung vornimmt. Dies ist mit dem Notrechte sehr wohl in Einklang zu bringen.

§ 54.

Zusammenfassung.

Wir haben nun die Voraussetzungen, uuter denen die Notstandshandlung rechtmässig ist und die sonstigen wichtigen in Betracht kommenden Momente in ausführlicher Weise kennen gelernt. Wir haben auch auf den Einfluss hingewiesen, den das B.-G.-B. auf das Strafrecht in den einzelnen Punkten auszuüben vermag; wir wollen nun alles dies noch einmal kurz zusammenfassen.

Eine Handlung ist rechtmässig in Ausübung eines Notrechts erfolgt und damit straflos, wenn sie den einzigen Weg darstellte, der zur Rettung eines Gutes einzuschlagen war, und wenn der durch sie angerichtete Schaden in einem gewissen Verhältnisse zu dem vermiedenen stand. War das zu rettende Gut in die gefahrvolle Lage dadurch geraten, dass ein anderes Gut sich ihm drohend gegenüberstellte, so war nur erforderlich, dass der angerichtete Schaden nicht ausser Verhältnis stand zu dem vermiedenen, er durfte also kleiner, ebensogross oder ein wenig grösser sein; hatte die Gefahr aber ihre Ursache in irgend einem anderen Umstande, so durfte fremdes Gut rechtmässig und straflos nur verletzt werden, wenn der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden unverhältnismässig gross gewesen wäre. Sonstige Bedingungen, die das R.-St.-G.-B. festsetzt, brauchen nicht erfüllt zu sein, die Einschränkungen des St.-G.-B. sind gefallen, und sobald die Voraussetzungen des

B.-G.-B. vorliegen, liefern §§ 228 und 904 den alleinigen Massstab der Beurteilung.

Das B.-G.-B. hat also den Notstand teils enger, teils weiter als das St.-G.-B. gefasst, enger, insoferne es die Rechtmässigkeit nur der Sachgüterverletzung verleiht, weiter, weil es überhaupt ein Notrecht geschaffen, die Rettungshandlung zu gunsten anderer Rechtsgüter als Leib und Leben, zu gunsten anderer Personen als eines engen Verwandtenkreises zulässt. Im einzelnen lässt sich daher folgendes Schema für die Kompetenz beider Gesetzbücher aufstellen:

I) Eine Notstandshandlung ist rechtmässig und daher straflos, wenn

a) sie besteht in einer Sachgüterverletzung.

b) die geforderte Verhältnismässigkeit vorliegt.

II) Eine Notstandshandlung ist straflos, trotz ihrer Rechtswidrigkeit, wenn sie erfolgt.

a) in einer Gefahr für Leib und Leben.

b) für den Täter selbst oder einen nahen Angehörigen.

c) in einem unverschuldetem Notstande.

Es kann z. B., wenn die Verletzung der Voraussetzung I b, nicht entspricht, die Notstandshandlung dennoch straflos sein, sie muss aber dann sämtliche Voraussetzungen von II, Unverschuldetheit, Gefahr für Leib und Leben für den Täter oder einen Angehörigen erfüllen. Lässt sie nur eine vermissen, so kann sie auch keine Straflosigkeit geniessen. Umgekehrt kann eine Handlung dagegen die Strafbarkeit verlieren, wenn sie auch selbst verschuldet ist, wenn sie auch nur zu gunsten eines Fremden vorgenommen wurde, sobald sie lediglich eine Eigentumsverletzung darstellt und von der Verhältnismässigkeit nicht abweicht.

Besteht die Notstandshandlung in der Verletzung des fremden Eigentums, so ist sie straflos, wenn sie entweder die Forderungen I b (B.-G.-B.) oder die Forderungen II a, II b, II c, (St.-G.-B.) erfüllt. Besteht sie in einer anderen verbotenen Handlung, so kann sie Straflosigkeit nur geniessen, wenn sie die Forderungen II a, II b, II c befriedigt, da für diese Art ganz allein das R.-St.-G.-B. Anwendung findet.

Die Beziehungen, in welchen die beiden Gesetzbücher zu einander treten, sind also klar dargelegt und daraus ist auch der eminente Einfluss, den das B.-G.-B. auf das Strafrecht auszuüben vermochte, deutlich sichtbar.

Anhang.

§ 55.

Die in Spezialgesetzen und Verordnungen sich findenden Notstandsbestimmungen.

Es sei uns gestattet, an dieser Stelle noch auf einige Vorschriften hinzuweisen, die zwar zum Notstandsrecht des B.-G.-B. nur in sehr loser Beziehung stehen, die aber bei einer vollständigen Darstellung des deutschen Notstandsrechtes nicht übersehen werden dürfen.

Sogar aus dem R.-St.-G.-B. und dem B.-G.-B. selbst sind noch Bestimmungen anzuführen.

Von dem Notstandsfall des § 313 haben wir bereits gesprochen; einen Notstandsfall, der im Gesetze Berücksichtigung gefunden hat, stellt aber auch der Tatbestand des § 175 vor. Die auf einen Meineid oder eine falsche Versicherung an Eidesstatt gesetzte Strafe wird dann verringert, wenn die Angabe der Wahrheit gegen den Täter selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte.

Weiter hat das Einführungsgesetz znm B.-G.-B. in seinem A 46 No. III durch Abänderung des § 67 des Personenstandsgesetzes vom 6. Febr. 1875 einen Notstandsfall geschaffen, indem es den Geistlichen, der die kirchliche Trauung vor der standesamtlichen Eheschliessung vornimmt, dann für straffrei erklärt, wenn er dies mit Rücksicht auf eine lebensgefährliche Erkrankung eines der Verlobten tut.

Von Spezialgesetzen und Verordnungen, die einfach aufgeführt sein mögen, kommen ferner in Betracht:

I. § 75 Abs. 2. Seemannsordnung vom 27. Dez. 1872.

Der Schiffer ist auch befugt, die Güter über Bord zu werfen, wenn dieselben Schiff und Ladung gefährden.

II. § 17. Postgesetz vom 28. Okt. 1871. In besonderen Fällen, in denen die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passieren sind, können die ordentlichen Posten, die Extraposten, Kuriere und Estafetten sich der Neben- und Feldwege, sowie der ungehegten Wiesen und Aecker bedienen, unbeschadet des Rechtes der Eigentümer auf Schadensersatz.

III. § 9, Abs. 2. Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

Während der Seenot ist der Strandvogt befugt, zur Rettung von Menschenleben die erforderlichen Fahrzeuge und Gerätschaften, sowie jeden ausserhalb der öffentlichen Wege zum Strande führenden Zugang auch ohne Einwilligung der Verfügungsberechtigten in Anspruch zu nehmen. Der hieraus entstehende wirkliche Schaden ist zu vergüten.

IV. A 20 des Reichsgesetzes zur Ausführung des Internationalen-Vertrages vom 6. Mai 1882 betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee ausserhalb der Küstengewässer vom 30. April 1884. (R.-G.-Bl. 1884, S. 48.)

Wenn Netze, welche verschiedenen Fischern zugehören, sich in einander verwickeln, so ist es verboten, dieselben ohne das Einverständnis beider Teile zu zerschneiden.

Jede Verantwortlichkeit fällt jedoch hinweg, wenn die Unmöglichkeit, die letzteren auf andere Art zu trennen, bewiesen wird.

A 21. Wenn ein Fischerfahrzeug, welches mit Grundangeln fischt, seine Angelleinen mit denen eines anderen Fahrzeuges kreuzt, so ist es demjenigen, der die Leine aufnimmt, verboten, sie zu zerschneiden, höhere Gewalt ausgenommen, in welchem Falle die zerschnittene Angelleine unmittelbar hernach wieder zusammengeknotet werden muss.

V. Kaiserliche Verordnung zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See vom 7. Jan. 1880 (R.-G.-Bl. 1880 S. 1.)

A 23. Bei Befolgung und Auslegung dieser Vorschriften muss stets gehörig Rücksicht auf alle Gefahren der Schiffahrt, sowie nicht minder auf solche besonderen Umstände genommen werden, welche zur Abwendung unmittelbarer Gefahr ein Abweichen von obigen Vorschriften notwendig machen.

VI. Verordnung über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoss von Schiffen auf See v. 15. Aug. 1876. (R.-G.-Bl. 1872, No. 18.)

§ 1. Nach einem Zusammenstoss von Schiffen auf See hat der Führer eines jeden derselben dem anderen Schiffe und den dazu gehörigen Personen zur Abwendung oder Verringerung der nachteiligen Folgen des Zusammenstosses den erforderlichen Beistand zu leisten, soweit er dazu ohne erhebliche Gefahr für das eigene Schiff und die darauf befindlichen Personen im stande ist.

§ 2. Vor der Fortsetzung der Fahrt hat jeder Schiffsführer dem anderen den Namen, das Unterscheidungssignal, sowie den Heimat-, den Abgangs- und den Bestimmungshafen seines Schiffes anzugeben, wenn er dieser Verpflichtung ohne Gefahr für das letztere genügen kann.

VII. Internationaler Vertrag zum Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel vom 14. März 1884. (R.-G.-Bl. 1888, S. 151.)

A 2. Die Strafe (für Zerreissen des Kabels) soll dann in Wegfall kommen, wenn die Täter nur den berechtigten Zweck verfolgt haben, ihr Leben oder die Sicherheit ihrer Fahrzeuge zu schützen, nachdem sie alle Vorkehrungen zur Vermeidung des Zerreissens oder der Beschädigung des Kabels getroffen haben.

Als dringendes Bedürfnis empfinde ich es, am Schlusse dieser Arbeit dem verehrlichen Professorenkollegium der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Kgl. Universität Würzburg für das mir jederzeit bezeugte Wohlwollen herzlichst zu danken.

Ganz besonders aber drängt es mich, Herrn Kgl. Universitäts-Professor *Dr. A. Finger*, nunmehr in Halle, für die freundliche Unterstützung, die er mir nicht nur während des Werdegangs meiner Arbeit, sondern auch bei ihrer Drucklegung durch Durchsicht der Korrekturbogen angedeihen liess, meiner steten aufrichtigen Dankbarkeit zu versichern.